جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

الشرط المعدل للمسؤولية العقدية
في القانون المدني المصري

إعداد

احمد سليم فريز نصرة

إشراف

الدكتور غسان عمر خالد

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين

2006



الشرط المعدل للمسؤولية العقدية
في القانون المدني المصري

إعداد

احمد سليم فريز نصرة

نوقشت هذه الاطروحة بتاريخ: 2006/1/22 وأجيزت

أعضاء لجنة المناقشة **التوقيع**

1- الدكتور غسان عمر خالد (مشرفا ورئيسا) ....

2- الدكتور أنور أبو عيشة (عضوا) ....

3- الدكتور علي السرطاوي (عضوا) ....

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الغلاف	أ
ورقة التواقيع	ب
فهرس المحتويات	ت
الملخص	ز
المقدمة	1
الفصل التمهيدي: التعريف بالمسؤولية العقدية وبالشروط المعدلة لها	4
المبحث الأول: التعريف بالمسؤولية العقدية	5
المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية	5
الفرع الأول: الإخلال بالتزام عقدي	6
الفرع الثاني: حدوث ضرر	13
الفرع الثالث: توفر علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر	20
المطلب الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية	23
الفرع الأول: شروط المسؤولية التقصيرية	23
أولا: الخطأ	23
ثانيا: الضرر	25
ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر	26
الفرع الثاني: الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية	27
الفرع الثالث: الجمع بين المسؤوليتين وتخير المضرور أحد المسؤوليتين	29
المبحث الثاني: التعريف بالشروط المعدلة للمسؤولية العقدية وآثارها من حيث الأشخاص	33
المطلب الأول: أنواع الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية ونطاقها	33
الفرع الأول: أنواع الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية	33

أولا: الشرط المعفي من المسؤولية العقدية 34

ثانيا: الشرط المخفف من المسؤولية العقدية 35

ثالثا: الشرط المشدد في المسؤولية العقدية 36

الفرع الثاني: نطاق الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية 37

المطلب الثاني: تمييز الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية عما يشتبه بها من النظم 39

الفرع الأول: تمييز الشروط المعدلة عن التعويض الاتفاقي 39

الفرع الثاني: تمييز الشروط المعدلة للمسؤولية عن التأمين من المسؤولية 40

المطلب الثالث: آثار صحة وبطلان الشرط من حيث الأشخاص 43

الفرع الأول: عدم جواز الاحتجاج إلا على العاقد الذي قبل الشرط المعفي 43

أولا: الخلف العام 44

ثانيا: الخلف الخاص 47

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على عدم جواز الاحتجاج بالشرط على الغير 50

أولا: الدعوى المباشرة 50

ثانيا: الاشتراط لمصلحة الغير 54

ثالثا: الخطأ المشترك 55

المطلب الرابع: أثر بطلان الشرط المعدل على العقد 57

الفرع الأول: بطلان الشرط بطلانا كاملا 57

الفرع الثاني: بطلان الشرط بطلانا جزئيا 59

الفصل الأول: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية 61

المبحث الأول: جواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية 62

المطلب الأول: صحة الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية للمتعاقد 62

الفرع الأول: جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية للمتعاقد 62

الفرع الثاني: جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية في المدني المصري والمشروع 69

المطلب الثاني: عدم جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية في حالتي الغش والخطأ الجسيم 72
الفرع الأول: المقصود بالغش والخطأ الجسيم 72
أولا: المقصود بالغش 72
ثانيا: المقصود بالخطأ الجسيم 74
الفرع الثاني: الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم في القانون المصري والمشروع 77
المطلب الثالث: جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في المدني المصري والمشروع 79
الفرع الأول: شرط الإعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير 79
الفرع الثاني: موقف المدني المصري والمشروع من شرط الإعفاء عن خطأ الغير 81
المبحث الثاني: تطبيقات شرط الإعفاء والقيود التي ترد عليه 83
المطلب الأول: تطبيقات تشريعية لحالات الجواز والحظر لشرط الإعفاء 83
الفرع الأول: عقد البيع 83
أولا: الاتفاق على الإعفاء من ضمان الاستحقاق 84
ثانيا: الاتفاق على الإعفاء من ضمان العيب الخفي 89
الفرع الثاني: عقد الإيجار 94
الفرع الثالث: عقد المقاولة 95
الفرع الرابع: عقد النقل 96
البند الأول: عقد النقل البري 96
أولا: نقل الأشياء 97
ثانيا: نقل الأشخاص 101
البند الثاني: النقل الجوي 106

أولا: نقل الأشياء 107
ثانيا: نقل الأشخاص 107
البند الثالث: عقد النقل البحري 108
أولا: نقل البضائع 108
ثانيا: نقل الأشخاص 113
الفرع الخامس: مدة التقادم 115
المطلب الثاني: القيود التي ترد على شرط الإعفاء من المسؤولية 116
الفرع الأول: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية 116
الفرع الثاني: إبطال الشروط المعفية من مسؤولية التاجر تجاه المستهلك 120
الفرع الثالث: إبطال الشروط التعسفية 121
الفرع الرابع: عدم مخالفة الالتزام الرئيس في العقد 123
الفرع الخامس: ضرورة كتابة ووضوح شرط الإعفاء 125
المبحث الثالث: آثار صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع 125
المطلب الأول: انتقال عبء الإثبات 126
المطلب الثاني: أثر الأخذ بفكرة الخيرة على آثار شرط الإعفاء 128
المطلب الثالث: عدم مسؤولية المدين 128
الفصل الثاني: الشروط المخففة من المسؤولية العقدية 130
المبحث الأول: صحة الشروط المخففة والاستثناءات التي ترد عليه 131
المطلب الأول: صحة الشروط المخففة 132
الفرع الأول: الاتفاق على إنقاص مدة التقادم 132
الفرع الثاني: الاتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق غاية إلى بذل عناية 133
الفرع الثالث: التخفيف في درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام 137
الفرع الرابع: إعفاء المدين إعفاء جزئيا من المسؤولية 139
الفرع الخامس: الاتفاق على حد أعلى للتعويض 140

المطلب الثاني: الاستثناءات التي ترد على شروط التخفيف 141
المبحث الثاني: تطبيقات شروط التخفيف والقيود التي ترد عليها 142
المطلب الأول: تطبيقات شروط التخفيف من المسؤولية 142
الفرع الأول: عقد البيع 142
الفرع الثاني: عقد الوديعة 143
الفرع الثالث: عقد المقاولة 146
المطلب الثاني: القيود التي ترد على شروط التخفيف 147
الفرع الأول: القيود التي ترد على شرط تخفيف درجة العناية 147
الفرع الثاني: القيود التي ترد على شرط تخفيف نوع الالتزام 150
الفرع الثالث: القيود التي ترد على شرط تقصير مدة التقادم 151
المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الشروط المخففة من حيث الموضوع 152
المطلب الأول: الآثار المترتبة على شرط تخفيف درجة العناية 152
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على شرط تخفيف نوع الالتزام 152
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على شرط تقصير مدة التقادم 154
الفصل الثالث: الشرط المشدد للمسؤولية العقدية 155
المبحث الأول: شرط تحمل المدين السبب الأجنبي 156
المطلب الأول: المقصود بالسبب الأجنبي وأثره على العقد 156
الفرع الأول: المقصود بالقوة القاهرة وشروطها 157
الفرع الثاني: خطأ الدائن وخطأ الغير 160
أولا: خطأ الدائن 160
ثانيا: خطأ الغير 161
الفرع الثالث: أثر السبب الأجنبي على العقد 162
المطلب الثاني: جواز ضمان المدين للسبب الأجنبي وتكييفه القانوني وأثره 166
الفرع الأول: جواز شرط ضمان المدين القوة القاهرة 167

الفرع الثاني: تحمل المدين تبعة خطأ الدائن وخطأ الغير 175
أولا: الاتفاق على ضمان المدين خطأ الغير 176
ثانيا: تضمين المدين خطأ الدائن 177
الفرع الثالث: التكييف القانوني لضمان المدين القوة القاهرة والحادث المفاجيء 179
أولا: تحمل المدين القوة القاهرة يعد تشديدا في المسؤولية 180
ثانيا: اعتبار الاتفاق ضربا من التأمين 183
ثالثا: اعتبار اتفاق تحمل تبعة القوة القاهرة من قبيل الضمان 184
الفرع الرابع: أثر شرط ضمان القوة القاهرة من حيث الموضوع 187
أولا: أثر شرط الضمان على عبء الإثبات 187
ثانيا: أثر شرط الضمان على مسؤولية المدين 189
المبحث الثاني: الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين 189
المطلب الأول: الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين والاستثناءات التي ترد عليه 190
الفرع الأول: جواز التشدد في تقييم مسلك المدين 190
الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على جواز الاتفاق على التشدد في تقييم مسلك المدين 191
أولا: الغش 192
ثانيا: الخطأ الجسيم 193
المطلب الثاني: أثر التشدد في تقييم مسلك المدين من حيث الموضوع 193
الفرع الأول: آثار الشرط على عبء الإثبات 193
الفرع الثاني: آثار الشرط على مسؤولية المدين 194
المبحث الثالث: تطبيقات الشروط المشددة في المسؤولية والقيود التي ترد عليها 195
المطلب الأول: تطبيقات الشروط المشددة للمسؤولية 195

الفرع الأول: تطبيقات الشروط المشددة للمسؤولية في عقد البيع 196
أولا: زيادة ضمان الاستحقاق 196
ثانيا: زيادة ضمان العيب الخفي 197
الفرع الثاني: تطبيقات الشرط المشدد في عقد الإيجار 197
الفرع الثالث: تطبيقات الشرط المشدد في عقد المقاولة 199
الفرع الرابع: تطبيقات الشرط المشدد في عقد النقل 201
البند الأول: عقد النقل البري 201
أولا: عقد نقل البضائع 201
ثانيا: عقد نقل الأشخاص 202
البند الثاني: عقد النقل الجوي 203
أولا: عقد نقل الأشياء 203
ثانيا: عقد نقل الأشخاص 203
البند الثالث: عقد النقل البحري 204
أولا: عقد نقل البضائع 204
ثانيا: عقد نقل الأشخاص 204
الفرع الخامس: مدة التقادم 205
الفرع السادس: تطبيقات الشرط المشدد في عقود الأمانة 205
المطلب الثاني: القيود التي ترد على شروط التشديد 206
الفرع الأول: وضوح وصراحة شرط التشديد 206
الفرع الثاني: سلامة جسم الإنسان 209
الفرع الثالث: مخالفة الشرط للنظام العام وحسن النية في العقود 210
الفرع الرابع: ألا يتخذ الشرط بندا في عقد إذعان 210
الفرع الخامس: مجافاة الشرط للعدالة 211

الخاتمة	212
قائمة المصادر والمراجع	219
المراجع	220
المصادر	233
الملخص باللغة الإنجليزية	b

الشرط المعدل للمسؤولية العقدية

في القانون المدني المصري

إعداد

أحمد سليم فريز نصرة

إشراف

د. غسان عمر خالد

الملخص

لقد عالجت في رسالتي هذه الشروط المعدلة في المسؤولية العقدية، وذلك بعد أن تعرضت في فصل تمهيدي لعدة موضوعات ذات علاقة بموضوع الرسالة، حيث عرضت فيه لأركان المسؤولية العقدية والتقصيرية، وركزت على ركن الخطأ، وأوضحت أن المسؤولية الشخصية للمدين تمتد إلى مسؤوليته عن أخطاء تابعيه وعن فعل الشيء، وأجريت مقارنة بين المسؤوليتين، وعرضت لمسألتي الجمع والخيرة بين المسؤوليتين، وقد وجدت أن الأخذ بالخيرة بين المسؤوليتين يؤدي إلى عدم ترتيب الشرطين المعفي والمخفف لآثارهما، كما قدمت تعريفا لهذه الشروط، وعرضت لنطاقها، ووجدت أن فكرة التعديل في المسؤولية، يشوبها بعض الغموض لدى بعض الشراح، وميزتها عن نظام التعويض الاتفاقي، والتأمين من المسؤولية، ثم عرضت لآثار الشروط من حيث الأشخاص، وبيّنت ما يمكن أن يعد استثناءً على هذه الآثار، وبيّنت أثر بطلان هذه الشروط الكلي والجزئي على العقد، وهو ما يستدعي إعمال القاعدة العامة في إنقاص العقود.

وقد خصصت الفصل الأول لشرط الإعفاء من المسؤولية، وعرضت لموقفي الفقه تجاه هذا الشرط، كما عرضت لموقف القانون والقضاء المصريين، ووجدت أن القانون المدني المصري أجاز هذا الشرط صراحة ووضع عليه استثناءين، الأول يتعلق بالخطأ الجسيم، والثاني يتعلق بالغش، إلا أنه لم يأخذ بهذين الاستثناءين فيما يتعلق بالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير، وقد انتقدت هذا الموقف لأن مسؤولية المدين في هذه الحالة هي مسؤولية شخصية، كما لم يضع القانون المدني المصري، ضوابط أو قيودا كافية على هذا الشرط، وقد وجدت أنه يجب الأخذ بعدد من الضوابط، مستخلصة من الفقه والقضاء، وأخرى مستمدة من

بعض التطبيقات الخاصة، وهذه القيود تتمثل في عدم إجازة هذا الشرط إذا كان يعلـــق بســـلامة الإنسان، وعدم إجازته إذا تعلق بالتزام رئيس في العقد، وكذلك ضرورة أن يرد الشرط مكتوبا، وألا يتعلق بعلاقة بين مستهلك وتاجر، وألا يرد في عقد إذعان، ووجدت أنه رغم جـــواز هـــذا الشرط كقاعدة عامة، إلا أنه وردت بعض التطبيقات التي تعتبره باطلا، وتبين لي أن هذا الشرط يؤدي إلى عدم مسؤولية المدين، رغم أنه يكون في الأصل مسؤولا بموجب القواعد العامة، كما يترتب عليه نقل عبء الإثبات في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

أما الفصل الثاني فخصصته، للشرط المخفف، وقد لاحظت أن لهذا الشرط عدة صـــور، وقد حصرتها في صورتين عامتين هما: حالتي التخفيف من درجة أو نوع الالتـــزام، وأضـــفت إليهما صورة خاصة تتعلق بالشرط الذي يقضي بتقصير مدة التقادم، ووجدت جواز الصـــورتين الأولى والثانية، وعدم جواز الثالثة، إلا في أحوال ضيقة، وقد استبعدت مـــن صـــور الشـــرط المخفف، الصورة التي ترد على مبلغ التعويض، حيث لم اعتبرها شرطا مخففا في المســـؤولية، وإنما هو تعويض؛ إما اتفاقي وإما قانوني، كما ألحقت الإعفاء الجزئي من الالتزام بحكم شـــرط الإعفاء، لأنه لا يتميز عنه بشيء، علما أن معظم أحكام الشرط المخفف يسري عليها ما يســـري على الشرط المعفي، وذلك لاتحاد العلة في معظم الأحيان.

كما تناولت في الفصل الثالث، ألشرط المشدد في المسؤولية، حيث عرضت لشرط تحمل المدين السبب الأجنبي، وقد بيّنت مفهومه، وما يشتمل عليه، وأوضحت أنه يحتمل وجهين: الأول يدخل في مفهوم الضمان، ويعد التزاما بالمعنى الدقيق، والثاني يبقى فـــي إطـــار المســـؤولية، ويترتب على كل تكييف آثار مختلفة، وعرضت لآثار هذا الشرط على عبء الإثبـــات وعلـــى مسؤولية المدين، كما بيّنت الاستثناءات التي ترد عليه، وعالجت الشرط الذي يشدد فـــي تقيـــيم مسلك المدين وبيَّنت صوره، وأثره على عبء الإثبات وعلى مسؤولية المـــدين، ثـــم عرضـــت لتطبيقات عديدة للشرط المشدد في المسؤولية، وذلك في عدة عقود، ثم عرضت للقيود التي تـــرد على الشرط المشدد في المسؤولية، وهي الكتابة والوضوح، وسلامة جسد الإنسان، وعدم مخالفة النظام العام وحسن النية، وعدم تعسفية الشرط، وعدم مخالفة الشرط للعدالة.

وقد وضعت خاتمة، عرضت فيها استخلاصاتي العامة على معظم مناحي البحث، أمـــا التفاصيل المتعلقة بتطبيقات الشروط، فلم أعرض إلا لبعضها في الخاتمة لضـــيق المقـــام، وقـــد قصرت اقتراحاتي في الخاتمة على صياغة النص العام الذي أرى إيراده في القـــانون المـــدني، بالإضافة إلى نص آخر يتعلق بعدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

كُتب كثير في موضوعات المسؤولية المدنية، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، وذلك لأهميتها من الناحتين العملية والنظرية، وقد رأيت تخصيص رسالتي هذه للبحث في أحد موضوعات المسؤولية العقدية، وذلك بالشروط المعدلة فيها، حيث تقل الدراسات في هذا الموضوع من موضوعات المسؤولية، وخاصة فيما يتعلق بشرطي تخفيف وتشديد المسؤولية.

كما وتنبع أهمية هذا الدراسة في أن الشروط المعدلة في المسؤولية، تمثل خروجا خطيرا عما تقضي به قواعد المسؤولية، حيث يقتضي الأصل تحقق المسؤولية العقدية إذا أخل المدين ببعض، أو كل التزاماته بموجب العقد، ونتج عن ذلك الإخلال ضرر بالدائن، وتوافرت علاقة السببية بين الإخلال وبين الضرر. فيعمد المتعاقدون في بعض الأحيان إلى تضمين عقودهم شروطا تخالف هذه القواعد، عبر تضمين عقودهم شروطا تعفيهم من المسؤولية، أو تخففها، أو تشددها. ويكثر التعاقد على مثل هذه الشروط في وقتنا الحاضر، وذلك بسبب انتشار نماذج العقود من جهة، وبسبب سعي الطرف القوي في العقد إلى تحسين شروط العقد لمصلحته إلى أقصى مدى من جهة أخرى، في ظل هيمنة التوجه الفردي، الذي لا يُقيد -غالبا- حرية الأطراف، ولا غاية له إلا احترام الإرادة الفردية إلى أقصى مدى. كما أن لهذا البحث أهمية فلسطينية، وان كان منصباً في الدرجة الأولى على حكم هذه الشروط في القانون المدني المصري، وذلك في الوقت الذي يعمل فيه المشرع الفلسطيني على إنجاز القانون المدني، الذي أصبح مشروعه في مراحل متقدمة، خاصة وأن مشروع هذا القانون قد استقى معظم أحكامه من القانون المدني المصري الذي أجاز هذه الشروط الخطيرة.

ويثير البحث في الشروط المعدلة في المسؤولية، عدة إشكاليات وتساؤلات؛ ففيما يتعلق بشروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية، لا بد من البحث في العلاقة الكامنة بين هذه الشروط وبين جواز أو عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وأثر ذلك على هذه الشروط. كما يستدعي البحث في هذه الشروط، التعريف بها في محاولة لفهمها، والبحث في

جوازها من عدمه، والأساس القانوني لها، والانطلاق في ذلك من قاعدة التسليم بوجود هذه الشروط لحاجات عملية، دون النظر إلى هذه الشروط من موقع المؤيد أو المعارض لها بشكل مجرد، وفي حالة إجازتها، يجب البحث في القيود التي ترد والتي يجب أن ترد عليها، والاستثناءات التي أوردها المشرع، وحدودها، والبحث في نطاق هذه الشروط، وعلاقتها بالإعفاء من الالتزام، وتمييزها عن غيرها مما يشتبه بها من نظم قانونية، وفي أثر هذه الشروط، وفي علاقة هذه الشروط بعبء الإثبات.

أما فيما يتعلق بالشرط المشدد في المسؤولية، فالبحث فيه يستدعي معرفة صوره، وأساسها القانوني، والتعريف به، وعلاقته باتفاق الضمان، وبالتأمين على المسؤولية، وفي القيود والاستثناءات التي ترد عليه، وأثره على عبء الإثبات.

وسأعمل على الإجابة عن هذه التساؤلات في ظل موقف القانون المدني المصري، وقضاء محكمة النقض المصرية، مع الاستفادة من بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية، وبعض قرارات المحاكم البريطانية، وسأعرض لموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني من كل هذه المسائل في هامش البحث، إلا إذا كانت المسألة -موضوع البحث- على خلاف كبير بين المشروع والقانون المدني المصري، ففي هذه الحالة سأعرض لموقف مشروع القانون المدني في متن البحث، خاصة في الأمور الجوهرية.

وسأعرض لتطبيقات هذه الشروط في بعض العقود المتداولة، في القانون المدني، وفي بعض القوانين الخاصة، وتحديدا قانون التجارة المصري، ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، وقانون التجارة البحرية المصري، ومشروع قانون التجارة البحرية الفلسطيني، وسأشير إلى موقف بعض التشريعات السارية في فلسطين، خاصة في التطبيقات العملية الواردة بنصوص متفرقة، في محاولة لمعرفة اتجاه تلك القوانين، لما لذلك من أهمية في معرفة الضرورات العملية التي توجه التعامل مع تلك الشروط، سواء من حيث إجازتها، أو إبطالها، أو تقييدها.

وسيقتصر بحثي على الشروط المعدلة في مجال المسؤولية العقدية، دون بحثها في مجال

المسؤولية التقصيرية، وذلك لتخصيص البحث، وتعميقه، وتحديده. وتحقيقا لأهداف هذا البحث، وفي محاولة للإجابة على تساؤلاته، فقد وضعت لذلك خطة البحث على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: أدرس فيه التعريف بالمسؤولية العقدية وبالشروط المعدلة لها، عبر دراسة أركان المسؤولية العقدية، ومقارنتها بالمسؤولية التقصيرية، وأعرض لمسألة الجمع والخيرة بين المسؤوليتين، كما أعرف الشروط المعدلة في المسؤولية، وأميزها عن التعويض الاتفاقي والتأمين، وأعرض لآثار الشروط المعدلة من حيث الأشخاص، والاستثناءات التي ترد على عدم جواز الاحتجاج بالشرط على الغير، ثم أعرض لآثارها إذا وردت باطلة كليا أو جزئيا.

الفصل الأول: أدرس فيه شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، من حيث جوازه في المسؤولية الشخصية للمدين، وفي مسؤولية المدين عن خطأ الغير، والاستثناءات التي ترد على هذا الجواز، ولتطبيقات الشرط في عقود البيع، والإيجار، والنقل، والمقاولة، والقيود التي ترد على الشرط، وآثاره من حيث الموضوع.

الفصل الثاني: أدرس فيه الشروط المخففة من المسؤولية العقدية، من حيث صحتها وصورها، وحكم كل صورة، وتطبيقاته في عقود البيع، والوديعة، والمقاولة، والقيود التي ترد على الشروط المخففة، وآثارها من حيث الموضوع.

الفصل الثالث: أدرس فيه الشرط المشدد للمسؤولية العقدية، وشرط تحمل المدين السبب الأجنبي، من حيث جوازه، وتكييفه، وآثاره على العقد. ثم أعرض للشرط المشدد في تقييم مسلك المدين، من حيث جوازه وأساسه القانوني، والاستثناءات التي ترد عليه، وآثاره على عبء الإثبات، وعلى مسؤولية المدين، وتطبيقات الشروط المشددة في المسؤولية، في عقود البيع، والإيجار، والمقاولة، والنقل، وعقود الأمانة، ثم القيود التي ترد على هذه الشروط.

الفصل التمهيدي

التعريف بالمسؤولية العقدية وبالشروط المعدلة لها

الفصل التمهيدي

التعريف بالمسؤولية العقدية وبالشروط المعدلة لها

في هذا الفصل الذي قسمته إلى مبحثين، أدرس؛ التعريف بالمسؤولية العقدية في مبحث أول، ثم توضيح أنواع الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية، ونطاقها، وتمييزها عن النظم القانونية الشبيهة بها، وآثارها من حيث الأشخاص، وأثر بطلانها على العقد في مبحث ثان.

المبحث الأول: التعريف بالمسؤولية العقدية

إن التعريف بالمسؤولية العقدية لغايات هذا البحث، يقتضي البحث في أركانها، وفي تميزها عن المسؤولية التقصيرية، وهو ما سأدرسه في مطلبين، أفردت الأول منهما لأركان المسؤولية العقدية، ثم أفردت الثاني لدراسة المسؤولية التقصيرية وتمييزها عن العقدية، ومسألتي الجمع والخيرة بين المسؤوليتين، لما لذلك من أهمية في إطار البحث.

المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية

عالج المشرع المصري في القانون المدني[1]، المسؤولية العقدية بنصوص متفرقة، وسار مشروع القانون المدني الفلسطيني على هديه[2]، حيث نصا على وجوب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه (المادة 1/148) مدني مصري[3]، ونصا على أن الالتزام (الحق) ينفذ جبرا على المدين به (المادة 1/199) مدني مصري[4]، كما نصا على أن " العقد شريعة المتعاقدين" (المادة 1/147) مدني مصري[5]، وعلى إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بعد اعذاره (المادة 1/203) مدني مصري[6].

---

(1) القانون المدني المصري رقم (181) لسنة 1948. وسأشير إليه لاحقا (مدني مصري).

(2) مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية، إعداد: موسى أبو ملوح وخليل احمد قتادة، ديوان الفتوى والتشريع في فلسطين، 2003. وسنشير إليه لاحقا (المشروع).

(3) يقابلها نص المادة (1/148) من المشروع.

(4) يقابلها نص المادة (221) من المشروع.

(5) يقابلها نص المادة (147) من المشروع.

(6) يقابلها المادة (225) من المشروع.

وأركان المسؤولية العقدية ثلاثة: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، خصصت لها الفروع الثلاثة التالية.

الفرع الأول: الإخلال بالتزام عقدي

الإخلال بالتزام عقدي، أو (الخطأ العقدي)، هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية. وقد اختلف شراح القانون المدني في تعريف الخطأ العقدي، فهناك من يعّرف الخطأ العقدي بأنه:" انحراف في سلوك المدين بالالتزام، لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في نفس ظروف المدين العادية"[7]، وأرى أن هذا التعريف يقصر الخطأ العقدي على معيار واحد، هو معيار الرجل العادي، في حين أن معيار الخطأ قد يكون معيارا شخصيا[8].

ويعرفه آخرون بأنه:" انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته"[9]، وهذا التعريف يمتاز بأنه وان كان جامعا، إلا انه غير مانع، ذلك انه يدخل فيه- باعتقادي- الخطأ التقصيري، كما يدخل فيه المسؤولية بأركانها الثلاثة، فالخطأ العقدي لا يؤدي في ذاته للمؤاخذة، في حين أن التعريف، يفيد أن الخطأ يؤدي إلى المؤاخذة، فالمؤاخذة تحتاج إلى توافر الأركان الثلاث للمسؤولية.

كما يعرف الخطأ العقدي بأنه:" عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد"[10]، فالخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، ويشمل ذلك عدم التنفيذ المطلق، سواء لكامل

---

[7] السرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري حمد: **شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية" الالتزامات"دراسة مقارنة**، ط1، عمان، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص313.

[8] يلاحظ انه قد يتفق الأطراف على معيار شخصي، أو ينص القانون على معيار شخصي، ومن ذلك ما نظمه القانون في عقد الوديعة غير المأجورة والوكالة غير المأجورة، وهو ما سأعرض له في سياق البحث.

[9] سلطان، أنور: **مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**، ط3، دون مكان نشر، المكتب القانوني، 2000، ص262. دواس، أمين: **المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)**، رام الله، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2004، ص210.

[10] السنهوري،عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، **مصادر الالتزام**، بيروت، دار إحياء التراث، دون سنة نشر، ص656، فقرة427. بنفس المعنى: الصدة، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري**، بيروت، دار النهضة العربية، 1979، ص412.

الالتزام أو لجزء منه، أو تنفيذه المعيب، أو تنفيذه المتأخر[11]. وأرى أن التعريف الأخير هو الأكثر دقة من غيره، فهو من جهة تعريف جامع يعبر عن ماهية الخطأ العقدي الذي هو ذاته (عدم التنفيذ)، كما أنه تعريف مانع بحيث أنه يقتصر على العقد دون غيره من مصادر الالتزام، وهو من جهة ثالثة يعبر عن الحالة العملية للخطأ العقدي، وهو ما يدعمه موقف القضاء، وفي ذلك قالت محكمة النقض المصرية:" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسئوليته"[12]. غير أنني لا أرى أن التعريف دقيق، ذلك أنه يعتبر أن الخطأ كاف لترتيب المسؤولية، بينما تحتاج المسؤولية توافر جميع الأركان حتى تقوم.

وتختلف صورة الخطأ تبعا إلى اختلاف نوعي الالتزام العقدي: فقد يكون الالتزام **بتحقيق غاية**، وقد يكون **ببذل عناية**[13]. علما أن ما يميز الالتزامات ويجعلها؛ إما التزامات بوسيلة وأما التزامات بغاية، هي إرادة الأطراف، فإذا تعذر معرفة إرادتهم، وجب الرجوع عندئذ إلى طبيعة النتيجة التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، وذلك من حيث طابع الاحتمال أو اليقين النسبي في تحققها[15].

وتبعا لهذا التقسيم، فإذا كان التزام المدين **بتحقيق غاية**، فانه يعد مخطئا إذا لم تتحقق الغاية المطلوبة، ولا يقبل منه أن يقيم الدليل على انعدام الخطأ من جانبه، لأن هذا الخطأ قد وقع

---

[11] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **نظرية الالتزام**، ج1، **المصادر الإرادية للالتزام- العقد والإرادة المنفردة**،الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995،ص305. ألاهواني، حسام الدين كامل: **مصادر الالتزام- المصادر الإرادية**، دون مكان نشر، دون ناشر، 1992، ص309. دواس، أمين: مرجع سابق، ص208.

[12] الفقرة الثالثة من الطعن رقم 0592 لسنة 55 بتاريخ 26 / 01 / 1989 سنة المكتب الفني 40. منشور في: **مكتبة التشريعات العربية (IGLC)**، وتشتمل على قرارات محكمة النقض المصرية المخزنة على أقراص ممغنطة، والموجود نسخة منها لدى المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان. ونشير إلى أن قرارات النقض المصرية التي سترد في سياق البحث هي من هذا المصدر إذا لم نشر إلى مصدرها، إلا إذا اشرنا صراحة إلى مرجع آخر.

[13] للتفصيل في ذلك: السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص656-657. سلطان، مرجع سابق، ص264-265. السرحان وآخر، مرجع سابق،ص313 وما بعدها. دواس، أمين: مرجع سابق، ص209-211. أبو الليل، مرجع سابق، ص304. الصدة، مرجع سابق، ص412-413. الاهواني، مرجع سابق، ص310-311.

[15] حجازي، عبد الحي: **النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي- دراسة مقارنة، ج1، مصادر الالتزام- المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الأول، نظرية الالتزام-تحليل العقد**، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص171-172.

فعلا لعدم تنفيذ التزامه[16]، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ موجبا للمسئولية ألتى لا يدرؤها عنه إلا إثباته قيام القوة القاهرة أو خطأ الدائن"[17]. وجاء في قرار آخر:" عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسئولية"[18].

ومن أمثلة هذا النوع من الالتزام؛ الالتزام ببناء بيت أو بنقل حق عيني، أو الامتناع عن المنافسة[19]، والتزام البنك بضمان ما هو مودع في الخزانة الحديدية[20]، والتزام الناقل بإيصال البضاعة، وقد قضت في ذلك محكمة النقض المصرية بأن: "عقد نقل الأشياء يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية، فإذا تلفت هذه الأشياء أو هلكت فإنه يكفى أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل، ويعتبر هذا إثباتا لعدم قيام الناقل بإلتزامه، فتقوم مسئوليته عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في ذات الأشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من الغير"[21].

---

[16] أبو البصل، عبد الناصر موسى: **دراسات في فقه القانون المدني الأردني- النظرية العامة للعقد**، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1999، ص331.

[17] الفقرة الثامنة من الطعن رقم 0213 لسنة 21 بتاريخ 10 / 03 / 1955 سنة المكتب الفني 06

[18] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0563 لسنة 34 بتاريخ 05 / 12 / 1968 سنة المكتب الفني 19. أيضا: الفقرة الأولى من الطعن رقم 0215 لسنة 34 بتاريخ 28 / 12 / 1967 سنة المكتب الفني 18. والفقرة الثانية من الطعن رقم 0422 لسنة 37 بتاريخ 12 / 12 / 1972 سنة المكتب الفني 23. والفقرة الثالثة من الطعن رقم 0002 لسنة 46 بتاريخ 19 / 03 / 1979 سنة المكتب الفني 30.

[19] الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص141.

[20] المادة (117) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966. ونشير إليه لاحقا (تجاري أردني).

[21] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0190 لسنة 34 بتاريخ 19 / 12 / 1968 سنة المكتب الفني 19. ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى أن التزام الناقل يبقى قائما حتى مع وجود خطا الغير- وذلك في حالة الأضرار الجسدية- إلا إذا كان ذلك الخطأ لا يمكن توقعه أو تفاديه وان يكون خطأ الغير وحده سبب الضرر، وفي ذلك تقول المحكمة الموقرة:" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ من قوة قاهرة أو خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير على أنه يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسئولية إعفاءا كاملا ألا يكون

أما في حالة **الالتزام ببذل عناية،** فان الخطأ يتحقق إذا لم يقم المدين ببذل العناية اللازمة، ومعيار عدم التنفيذ (الخطأ) في هذا النوع من الالتزام، هو **–بصورة عامة–** معيار الرجل المعتاد، فإذا لم يقم المدين ببذل مقدار من العناية هي عناية الرجل المعتاد يكون مرتكبا للخطأ العقدي[22].

وفي ذلك تقول المادة (211) مدني مصري:" 1–في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. 2– وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

ويتطابق هذا النص مع ما جاء في المادة (234) من المشروع، التي جاء في مذكرتها الإيضاحية:" ترد هذه المادة صور الالتزام بعمل إلى طائفتين:

الأولى: تنظم ما يوجب على الملزم المحافظة على الشيء أو إدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ ما التزم الوفاء به. وبعبارة أخرى ما يتصل الإلزام فيه بسلوك الملتزم وعنايته.

والثانية: يدخل فيه ما عدا ذلك من صور العمل كالالتزام بإصلاح آلة، وتقتصر هذه المادة على حكم الطائفة الأولى، فتحدد مدى العناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الالتزام، والأصل في هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذله الشخص المعتاد فهي بهذه المثابة وسط بين المراتب، يناط بالمألوف في عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة"[23].

في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب". الفقرة الأولى من الطعن رقم 2271 لسنة 59 بتاريخ 28 / 11 / 1995 سنة المكتب الفني 46. والفقرة الرابعة من الطعن رقم 0888 لسنة 60 بتاريخ 19 / 06 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

[22] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص656–657. سلطان، مرجع سابق، ص264–265. السرحان وآخر، مرجع سابق،ص313 وما بعدها. دواس، مرجع سابق، ص209–211. أبو الليل، مرجع سابق، ص304. الصدة، مرجع سابق، ص412–413. الاهواني، مرجع سابق، ص310–31.

[23] المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص108. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ط3، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق، 1992، ص395.

ومن أمثلة الالتزام ببذل عناية، التزام المودع لديه بحفظ الوديعة، والتزام المستعير بحفظ العارية[24]، والتزام صاحب الفندق باتخاذ ألاحتياطات التي تكفل سلامة النزلاء[25]، والتزام الطبيب بمعالجة المريض –بوجه عام– هو التزام ببذل عناية[26].

إلا أن معيار الرجل المعتاد ليس معيارا مطلقا، فقد يكون المعيار مختلفا، وذلك في الأحوال التي ينص القانون أو يقضي الاتفاق بذلك، وهذا الحكم واضح في المادة (211) مدني مصري الواردة أعلاه.

ومثال هذه الأحوال في القانون، ما جاء في المادة (1/641) مدني مصري من أنه:" على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد". كما جاء في المادة (1/720) مدني مصري:" إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد"، وهذه العناية هي المطلوبة في حالة الوكيل بغير أجر بموجب المادة (1/704) مدني مصري[27].

وهناك رأيان حول تحقق الخطأ العقدي، فيتحقق الخطأ العقدي بمجرد عدم التنفيذ على حسب الرأي الأول[28]، إلا أن المدين يستطيع أن يدرأ عنه المسؤولية بنفي علاقة السببية بين

---

[24] دواس، أمين: مرجع سابق، ص209.

[25] الفقرة الثانية من الطعن رقم 1466 لسنة 48 بتاريخ 23 / 01 / 1980 سنة المكتب الفني 31.

[26] محكمة النقض– 1966/3/22–طعن 381 سنة31ق– مجموعة الأحكام "مدني" السنة 17 قاعدة 88 ص636. محكمة النقض –1971/12/21 – الطعن 464 لسنة 36ق– مجموعة الأحكام، السنة 22 ص1062، 69/6/26 س20 ص1075. محكمة النقض–1969/6/26– الطعن 111 لسنة35ق– مجموعة الأحكام، السنة20 ص1075. وهذه القرارات مشار إليها في كتاب: جمعة، عبد المعين لطفي: **موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، الكتاب الثاني، القاهرة، عالم الكتاب، 1979، ص19–20.

[27] يقابلها نص المادة (831) من المشروع. وقد أخذ المدني الأردني بحكم مغاير، حيث أوجب في هذه الحالة على الوديع أن يبذل عنايته في شؤونه الخاصة، ولم يشترط أن لا يزيد التكليف على عناية الرجل المعتاد، فقد يكلف بموجب النص أحكام المدني الأردني ببذل عناية تفوق عناية الرجل المعتاد حتى وان كانت الوديعة بغير اجر، وهو ما نصت عليه المادة (841) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

[28] في تفصيل هذين الرأيين: السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص656.

خطئه وبين الضرر الذي أصاب الدائن جراء عدم التنفيذ[29]. ويذهب رأي آخر إلى أن الخطأ العقدي في حالة الالتزام بتحقيق غاية، لا يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، وإنما يكون مفترضا لمجرد عدم التنفيذ[30]. ونحن نؤيد هذا الرأي، وأرى أن خطأ المدين في الالتزام بتحقيق غاية، يكون مفترضا في حالة عدم التنفيذ، لأن القانون نص على أحوال ينقضي فيها الالتزام، وهي حالات السبب الأجنبي، حيث لا يكون ثمة التزام، فلا يتصور قيام مسؤولية المدين، وانقضائها في ذات الوقت.

وكما يترتب الخطأ العقدي في المسؤولية عن الخطأ الشخصي، كذلك فانه يترتب على المسؤولية عن فعل الغير، وعن الأشياء.

ومسؤولية المدين العقدية عن **فعل الغير** مقررة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (217) مدني مصري، حيث جاء فيها:" وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"[31]. ومبدأ المسؤولية مستخلص بصورة غير مباشرة من هذا النص، فما دام انه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسؤولا عن خطأ هؤلاء الأشخاص، فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسؤولية[32].

إلا انه يجب التفريق بين مسؤولية المدين عمن يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وبين الحالات الأخرى للمسؤولية العقدية عن الغير، ففي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية المدين إذا تحققت مسؤولية المستخدم من قبله بنفس الشروط، فإذا كانت مسؤولية المدين ببذل عناية تحققت

---

(29) ومن هذا الرأي: عقل، فريد: **الالتزام– نظرية الالتزامات في القانون المدني السوري والفقه الإسلامي**، ط4، جامعة دمشق، 1995، ص 239. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص660. الصدة، مرجع سابق، ص417.

(30) دواس، أمين: مرجع سابق، ص309. سلطان، مرجع سابق، ص262.

(31) يقابلها نص المادة (238) من المشروع.

(32) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص668.

مسؤوليته أن لم يبذل مستخدمه العناية اللازمة، وان كانت بتحقيق نتيجة تتحقق مسؤوليته إذا لم يحقق مستخدمه النتيجة المطلوبة[33]، أما الأحوال الأخرى فمنها مسؤولية المؤجر عن أعمال التعرض الصادرة عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر، فيكون مسؤولا عن أخطائهم تجاه المستأجر، وكذلك هو مسؤول عن أعمال تابعيه، إلا أن مسؤوليته هنا تقوم بنص القانون وهو ما نصت عليه المادة (2/571) مدني مصري[34]، وكذلك الحال في مسؤولية صاحب الفندق تجاه الزبائن عن أخطاء قد يرتكبها نزلاء آخرون في الفندق[35]، وقد أسست محكمة النقض المصرية هذا النوع من المسؤولية عن فعل الغير على (طبيعة العقد)، فقالت فيما يتعلق بالتزام صاحب الفندق تجاه سلامة النزلاء، بأنه:" أمر تفرضه طبيعة عقد الإيواء وصادف هذا صحيح القانون إذ مفاد النص في الفقرة الثانية من المادة 148 من القانون المدني على أن (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف بحسب **طبيعة الالتزام**) ..."[36]. أي أن المحكمة الموقرة- باعتقادي-وجدت في هذا الالتزام التزاما ناشئا من طبيعة العقد. علما أن مسؤولية صاحب الفندق عن فعل الغير في المحافظة على أغراض النزيل هو التزام مصدره القانون[37].

كما أن المدين يسأل عن **فعل الأشياء**، ويقصد بالخطأ العقدي عن الأشياء، هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، وعدم التنفيذ هنا لا يرجع إلى فعل المدين الشخصي، بل إلى فعل الشيء[38]. ويتحقق ذلك في أحوال عديدة منها؛ حالة أولى تسليم المدين (البائع) الآلة المباعة إلى المشتري، فتنفجر الآلة في يد المشتري، وتصيبه بضرر في نفسه أو بماله، هنا يصبح البائع مسؤولا بمقتضى التزامه العقدي بضمان العيوب الخفية. وفي حالة أخرى يكون المستأجر

---

[33] الدناصوري، عز الدين و الشواربي، عبد الحميد: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**، ط6، دون مكان نشر، دون ناشر، 1997، ص410.

[34] يقابلها نص المادة (2/625) من المشروع.

[35] الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص411.

[36] الفقرة الثانية من الطعن رقم 1466 لسنة 48 بتاريخ 23 / 01 / 1980 سنة المكتب الفني 31.

[37] نصت المادة (1/727) مدني مصري على أنه:" يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء مسؤولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان".

[38] حرج، زهير بن زهري: **الخطأ في المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة في النظام الانجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني**، (رسالة دكتوراة غير منشورة)، جامعة عين شمس، 1999، ص148.

مسؤولا عن رد العين المؤجرة، فيتدخل شئ في حراسة المستأجر كمواد متفجـرة تـؤدي إلـى حريق بالعين، فهنا لم ينفذ المدين التزامه العقدي برد العين المؤجرة، فيكون مسؤولا مسـؤولية عقدية. وفي حالة ثالثة، يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعمال شيء فيؤذي هـذا الشـيء الدائن، ويكون المدين مسؤولا بمقتضى العقد، ومثال ذلك عقد النقل ينفذه أمين النقـل بوسـائل المواصلات المختلفة، كسيارة أو قطار أو طائرة، فيصطدم القطار أو تسقط الطـائرة، فيصـاب الراكب بالضرر، فيكون المدين مسؤولا مسؤولية عقدية، ويرى البعض أن المسؤولية في هـذه الأحوال لا تكون عن فعل المدين الشخصي، وإنما عن فعل الشيء[39]. وأرى خلاف ذلك، بـأن مسؤولية المدين هي عن فعله الشخصي، وأشير إلى أنه لم ترد فـي القـانون قواعـد خاصـة بمسؤولية المدين العقدية عن فعل الشيء في حراسته، ولما كان وجود الشيء في حراسة المدين فان فعل الشيء في هذه الحالة يعتبر فعلا شخصيا للمدين، ويكون المدين مسؤولا بالتـالي عـن فعل الشيء الذي في حراسته مسؤوليته عن فعله الشخصي[40]. على انه إذا اجتمعت المسؤولية العقدية عن الشيء والمسؤولية التقصيرية، فتطبق الأولى[41].

الفرع الثاني: حدوث ضرر

أما الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية فهو حدوث الضرر، فـإذا اثبـت الـدائن الخطأ ولم يثبت الضرر لا نكون أمام مسؤولية عقدية[42]، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن حصول المشتري على الأرز بسعر أقل من السعر الذي اتفق عليه مع البائع، يدلل أن المشـتري لم يصب بأي ضرر مما اعتبرته المحكمة غير موجب للمسؤولية[43]. وفي قرار آخر للمحكمـة ذاتها بينت أن:"على الدائن إثبات تكبد دفع قيمة الآلات المصنعة لغايات العطاء إذ لا يكفي مجرد

---

(39) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص670-671.

(40) حرج، زهير: مرجع سابق، ص149.

(41) في تفصيل ذلك: الدناصوري وآخر، مرجع سابق،ص364.

(42) أبو البصل، عبد الناصر: مرجع سابق، ص334. دواس، أمين: مرجع سابق، ص211. الاهـواني، مرجـع سـابق، ص312.

(43) تمييز حقوق 86/269، منشور في مجلة نقابة المحامين، السنة السابعة والثلاثون، العدد الثالـث، لسـنة 1989، ص 1808.

قيام المديونية لثبوت الضرر الفعلي للضمان، لأن المديونية يمكن أن تسوى برد المبيع أو باستبداله أو بتسويته"[44].

وينقسم الضرر إلى مادي ومعنوي[45]، أما **المادي**، فهو الضرر الذي يصيب الدائن في ذمته المالية، وأما الضرر المعنوي فهو ما يصيب الدائن في شرفه أو سمعته وكرامته، كالمساس بسمعة المؤلف إذا أحدث الناشر تغييرات في مؤلفه، وهناك الضرر **الجسدي**، فهو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه، كما هو الحال في عمليات التجميل التي قد تؤدي إلى تشوهات في وجه الشخص أو في أحد أعضائه[46]. وقد نص القانون المدني المصري صراحة على شمول التعويض للأضرار الأدبية (المعنوية) إلى جانب الأضرار المادية، فقد نصت المادة (1/222) مصري على:" يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء"[47].

إلا أن التعويض عن الضرر الأدبي مقتصر على المضرور نفسه، وللأزواج، والأقارب إلى الدرجة الثانية في حال وفاته، وفي ذلك تقول محكمة النقض الموقرة:" مفاد نص المادة 222 من القانون المدني أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه فلا ينقل إلى غيره إلا أن يكون هناك إتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه و مقداره أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء مطالباً بالتعويض. أما الضرر الأدبي الذي أصاب ذوى المتوفى فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج و الأقارب إلى الدرجة الثانية"[48]. إلا أن مطالبة الأزواج والأقربين لا تكون على أساس المسؤولية العقدية، بل

---

(44) تمييز حقوق 87/383، منشور في مجلة نقابة المحامين، السنة الثامنة والثلاثون، العددان الأول والثاني لسنة 1990، ص196.

(45) سلطان، مرجع سابق، ص270.

(46) السرحان وآخر، مرجع السابق، ص323.

(47) نص المادة (222) يطبق على المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. أخذ المشروع بذات الحكم في المادة (239) منه، وهو بتقديري موقف جيد.

(48) الفقرة الثالثة من الطعن رقم 0078 لسنة 41 بتاريخ 04 / 11 / 1975 سنة المكتب الفني 26

يجب إقامتها على أساس المسؤولية التقصيرية، وهو ما قررته محكمة النقض المصرية[49].

وحسنا فعل واضعوا المشروع عندما أخذوا بالتعويض عن الضرر الأدبي بنص صريح، حيث تجاوزوا الخلافات التي نشأت في ظل القانون الأردني، وما سببته تلك الخلافات من إرباك، ليس بمسألة التعويض عن الضرر الأدبي فحسب، بل وأيضا في التعويض عن الكسب الفائت[50].

---

[49] قررت محكمة النقض الموقرة بأنه:" إذا ما أدت الإصابة إلى وفاة الراكب من قبل رفع دعواه فإنه يكون أهلاً فيما يسبق الموت و لو بلحظه لكسب الحقوق و من بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر و يتفاقم، و متى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته و يحق لهم المطالبة به تأسيساً على تحقيق مسئولية عقد النقل الذي كان المورث طرفاً فيه، وهذا التعويض يغاير التعويض الذي يسوغ للورثه المطالبة به عن الأضرار المادية و الأدبية التي حاقت بأشخاصهم بسبب موت مورثهم و هو ما يجوز لهم الرجوع به على أمين النقل على أساس من قواعد المسئولية التقصيرية و ليس على سند من المسئولية العقدية لأن إلتزامات عقد النقل إنما إنصرفت إلى عاقديه فالراكب المسافر هو الذي يحق له مطالبة الناقل بالتعويض عن الإخلال بإلتزامه بضمان سلامته دون ورثته الذين لم يكونوا طرفاً في هذا العقد" الفقرة الثانية من الطعن رقم 1180 لسنة 47 بتاريخ 29 / 04 / 1981 سنة المكتب الفني 32. كذلك: الفقرة الثالثة من الطعن رقم 1162 لسنة 56 بتاريخ 06 / 02 / 1990 سنة المكتب الفني 41. والفقرة الخامسة من الطعن رقم 0888 لسنة 60 بتاريخ 19 / 06 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

[50] بخصوص التعويض عن الضرر الأدبي في المدني الأردني؛ فهناك فريق يرى أن المدني الأردني يعوض عن الضرر الأدبي، فيما يرى فريق ثان غير ذلك، ويستند الفريق الأول إلى نص المادة (1/267) مدني أردني التي جاء فيها:" يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولا عن الضمان". فيما ذهب الرأي الثاني إلى القول بان هذا النص جاء مقتصرا على المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية لأنه ورد في سياق الحديث عن المسؤولية التقصيرية، كما أن أصحاب هذا الرأي دعموا رأيهم بقرار لمحكمة التمييز الأردنية الموقرة جاء فيه:" وحيث انه ووفقا للمادة 363 من القانون المدني بان التعويض يكون بما يساوي الضرر الواقع فعلا أي لا يحكم بالضرر الأدبي ولا بما فات من كسب أو ربح" (تمييز حقوق 99/526، مجلة نقابة المحامين، السنة الثامنة والأربعين، العددان الخامس والسادس لسنة 2000، ص1835. مشار إليه: دواس، أمين: مرجع سابق، ص214). في تفصيل هذا الخلاف: سلطان، مرجع سابق، ص271. السرحان وآخر، مرجع سابق، ص324. أبو البصل، عبد الناصر: مرجع سابق، ص334-335. دواس، أمين: مرجع سابق، ص214. وأرى بان العديد من الحجج يمكن سوقها في صالح كل من وجهتي النظر، ونذكر من الحجج التي يمكن أن تدعم الرأي القائل بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية في ظل القانون المدني الأردني، ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (267) مدني أردني:" لذا رؤي في المشروع الأخذ بالرأي الذي يجيز التعويض عن الضرر الأدبي وهذه المادة تقابل المادة (205) عراقي والمادة (222) مصري".(المذكرة الإيضاحية للمدني الأردني، مرجع سابق، ص300) وما يهمنا هو مقابلتها للمادة (222) مدني مصري التي يستند إليها في التعويض عن الأضرار الأدبية في المدني المصري. غير أن المذكرة الإيضاحية للمادة (363) مدني أردني، وهي المتعلقة بالتعويض عن المسؤولية العقدية أوضحت أن الضرر الأدبي لا يعوض عنه في المسؤولية العقدية فقد جاء فيها:" ...وبناء على ذلك اكتفي في التعويض عن الضرر الأدبي بما جاء في المادة 267 من المشروع الواردة في الفعل الضار" (المذكرات الإيضاحية للمدني الأردني،

ويشترط في الضرر حتى يتم التعويض عنه؛ أن يكون واقعا، أو محققا، ومتوقعا، ومباشرا[51]، وأدرس هذه الشروط كما يلي:

أولا: أن يكون الضرر محققا: ويقصد بالضرر الواقع أو المحقق، الضرر الحال الذي تحقق، أي وقع فعلا، كما إذا كانت البضاعة قد أصابها تلف أثناء النقل، أو محقق الوقوع في المستقبل[52]. ويقصد بتحقق الضرر بالمستقبل، هو أن يكون تحققه حتميا، وليس مجرد احتمال وقوعه، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية:" يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر المادي محققاً بأن يقع بالفعل أو بأن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً فمناط تحقق الضرر المادي لمن يدعيه نتيجة وفاة آخر هو ثبوت أن المجني عليه كان يعول فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر، ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله فيقضى له بالتعويض على هذا الأساس، أما مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل، فإنه لا يكفى للحكم بالتعويض"[53].

مرجع سابق، ص402). إلا انه- وهذه حجة في مصلحة الفريق الثاني- من المعروف أن مكان النص (222) مدني مصري، جاء في مكان عام ينطبق على المسئوليتين، فيما جاء نص المادة (267) مدني أردني في الفصل الثالث من الباب الأول وهو المتعلق بالمسؤولية التقصيرية وحدها. ونضيف إلى حجج الرأي الثاني قرارا آخرا لمحكمة التمييز الأردنية الموقرة جاء فيه:" حق الضمان يتناول الضرر الأدبي في حال التعدي على المضرور في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي وهذا لا يتوفر في مسؤولية المتعهد وهي مسؤولية عقدية ناجمة عن عدم تنفيذ ما التزم به في العقد". (تمييز حقوق رقم 97/1095، مجلة نقابة المحامين، السنة الخامسة والأربعون، العدد الثاني عشر، سنة 1997،ص4625). يتضح من قرار المحكمة انه طالما أن مسؤولية المتعهد هي مسؤولية عقدية، فان التعويض لا يتحقق بخصوص الضرر الأدبي.

كما أن نص المادة (1/267) مدني أردني لم يأت مطابقا للمادة (222) مدني مصري، بل جاء في المادة (1/267) مدني أردني: "...يجعل المتعدي مسئولا عن الضمان". ويلاحظ أن المشرع استعمل لفظ (متعدي) في إشارة إلى أن الحديث يدور عن فعل ضار فقط.

[51] الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص439 وما بعدها. السنهوري، مرجع سابق، ص680 وما بعدها. دواس، أمين: مرجع السابق، ص211 وما بعدها. السرحان وآخر، مرجع السابق، ص322 وما بعدها. سلطان، مرجع سابق، ص269وما بعدها. الاهواني، مرجع سابق، ص312 وما بعدها.

[52] الصدة، مرجع سابق، ص425.

[53] الفقرة الأولى من الطعن رقم 0724 لسنة 47 بتاريخ 16 / 01 / 1980 سنة المكتب الفني 31

ومسألة تحقق الضرر من عدمه مسألة واقع، أي مسألة موضوعية، يعود الرأي فيها إلى قاضي الموضوع، ولا دخل لمحكمة النقض بمراقبتها متى كان استخلاص محكمة الموضوع سائغا، وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية:" استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ما دام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولا قانونا"[54].

أما إذا كان الضرر غير محقق الوقوع في المستقبل، ولم يتحقق فعلا فيسمى بالضرر المحتمل، ولا يعوض عن الضرر المحتمل إلا إذا تحقق. ويضرب الأستاذ الفاضل السنهوري مثلا على ذلك، أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين[55].

وأرى أن هذا المثل ينطبق على الضرر المستقبلي المحقق وقوعه في المستقبل، ولا يصلح للتمثيل على الضرر المحتمل، وأدعم رأيي بما قررته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه: "التعويض كما يكون عن ضرر حال، فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت – في حدود سلطتها التقديرية – إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه، فإنها قد قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم، ولا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالي وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع"[56].

وهنا تجدر التفرقة بين الضرر المحتمل والكسب الفائت، فالكسب الفائت لا يعد ضررا محتملا بالمعنى الوارد أعلاه، بل إن تفويت الفرصة (الكسب الفائت)، يسأل عنه المدين في المدني المصري فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، إضافة إلى مسؤوليته التقصيرية، حيث جاء في المادة (1/221) مدني مصري:" إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..."[57]. إلا أنه

[54] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0174 لسنة 36 بتاريخ 31 / 12 / 1970 سنة المكتب الفني 21. والفقرة السادسة من الطعن رقم 0240 لسنة 36 بتاريخ 08 / 04 / 1971 سنة المكتب الفني 22.

[55] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص681.

[56] الفقرة الأولى من الطعن رقم 0325 لسنة 30 بتاريخ 10 / 06 / 1965 سنة المكتب الفني 16.

[57] يقابلها المادة (239) من المشروع.

يجب أن يبدي المدين أسباباً تبرر مطالبته بالكسب الفائت، فلا يكفي أن يدعيه، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية:" مناط التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة أن تكون هذه الفرصة قائمة و أن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره"[58].

غير أن محكمة التمييز الأردنية – في تفسيرها للقانون المدني الأردني الذي لا يعوض عن الكسب الفائت في المسؤولية العقدية[59]– قررت:" وحيث أنه ووفقا للمادة 363 من القانون المدني بأن التعويض يكون بما يساوي الضرر الواقع فعلا، أي لا يحكم بالضرر الأدبي، ولا بما فات من كسب أو ربح"[60].

ثانيا: أن يكون الضرر متوقعا ومباشرا:

إذ يجب أن يكون الضرر **متوقعا** وقت إبرام العقد[61]، وقصر التعويض عن الضرر المتوقع، يعود إلى أن إرادة الأطراف هي التي تحدد التزامات الطرفين، والضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، فلا تعويض عنه. وقد جاء في المادة (2/221) مدني مصري:" ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"[62]. والمعيار هنا، هو معيار موضوعي، أي لا يؤخذ بتوقع المتعاقد بشكل شخصي، وإنما يؤخذ بتوقع الشخص العادي إذا

---

[58] الفقرة الأولى من الطعن رقم 1380 لسنة 52 بتاريخ 28 / 04 / 1983 سنة المكتب الفني 34

[59] الزعبي، محمد يوسف: *ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية*، **دراسات/ العلوم الإنسانية**، ع5/22، 1995، (2431-246)، ص2437. دواس، أمين: مرجع سابق،ص212. أبو البصل، عبد الناصر: مرجع سابق، ص336. وقد جاء في المادة (363) مدني أردني:" إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه "

[60] تمييز حقوق رقم 97/1095، مجلة نقابة المحامين، السنة الخامسة والأربعون، العدد الثاني عشر، لسنة 1997.

[61] الاهواني، مرجع سابق، ص312. السرحان وآخر، مرجع سابق، ص325. دواس، أمين: مرجع سابق، ص212. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص683. أبو البصل، عبد الناصر: مرجع سابق، ص335.

[62] يقابله نص المادة (239) من المشروع. وليس لهذا النص مقابل في القانون المدني الأردني. إلا انه ورد في مذكرة المادة (363) مدني أردني:" ومع ذلك ففي الالتزام الذي مصدره العقد لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". المذكرات الإيضاحية للمدني الأردني، مرجع سابق، ص402.

وجد في مثل ظروف المدين، وقت التعاقد[63]، في ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "المدين في المسئولية العقدية لا يلزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وذلك عملا بالمادة 1/221 من القانون المدني، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات"[64]. على أن التوقع لا يقتصر على حدوث الضرر، بل يطال كذلك تقديره ومداه[65].

كما يشترط أن يكون الضرر مباشرا، حيث نصت المادة (1/221) مدني مصري على أنه: "... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر بالوفاء به.."[66]، ومثال الضرر المباشر، إذا اشترى رجل عجلا مصابا بوباء، وأدى ذلك إلى نفوقه، ونفوق العجول التي وضع معها، مما سبب للمشتري صدمة نفسية أودت بحياته، فالمدين يكون مسؤولا عن الضرر المباشر، وهو نفوق العجل والعجول الأخرى، ولا يسأل عن وفاة المشتري لأن وفاة المشتري ضرراً غير مباشر[67].

والقاعدة العامة تقضي بأن يثبت الدائن الضرر، إلا أن الدائن يعفى من إثبات الضرر في حالتين: الأولى: في حالة التعويض الاتفاقي، وهنا اختلف مع الرأي الذي يرى أنه لا توجد فائدة من النص على التعويض الاتفاقي[68]، فعلى الأقل نجد أن هناك أهمية من ناحية الإثبات وهو قول يتوافق مع ما قررته محكمة النقض المصرية:" من المقرر – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه متى وجد شرط جزائي في العقد فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، فلا يكلف الدائن بإثباته، لأن وجوده يقوم قرينة قانونية غير قاطعة على

---

[63] سلطان، مرجع سابق، ص275.

[64] الفقرة الأولى من الطعن رقم 0045 لسنة 36 بتاريخ 31 / 03 / 1970 سنة المكتب الفني 21.

[65] الاهواني، مرجع سابق، ص312. سلطان، مرجع سابق، ص275. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص686. أبو البصل، عبد الناصر: مرجع سابق، ص335.

[66] ليس لهذا النص مقابل في المدني الأردني.

[67] السرحان وآخر، مرجع سابق، ص325.

[68] من هذا الرأي: الزعبي، محمد: مرجع سابق، ص2462.

وقوع الضرر، ويكون على المدين في هذه الحالة إثبات عدم تحقق الشرط، أو إثبات عدم وقوع الضرر"[69].

والثانية: في حالة فوائد التأخير، حيث أعفى المشرع المصري الدائن من إثبات الضرر في هذا النوع من التعويض في المادة (228)[70]. ولم ينص المشروع على هذا النوع من التعويضات.

الفرع الثالث: توفر علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر

لم ينص القانون المصري وكذلك المشروع بشكل مباشر، على ضرورة قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وقد نصت المادة (1/221) مدني مصري:"...بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"[71]. وقد سبق لي القول بأن هذا النص يتعلق بالضرر المباشر، أي أنه يوجب أن يكون الضرر ناتجا بشكل مباشر عن الخطأ، أي أن النص يتعلق بمدى الضرر، إلا أنه يمكن الاستدلال منه على علاقة السببية، غير أن هناك من يستند إلى هذا النص في قولهم أن المشرع المصري قصد منه (علاقة السببية)[72]. وهذا القول باعتقادي لا يستقيم مع الفقرة الثانية من النص التي جاء فيها:" ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" أي أن المقصود بعبارة أن (يكون نتيجة طبيعية) هو أن يكون الضرر مباشرا كما أوردناه أعلاه. إلا أن هذا النص يدل بصورة غير مباشرة على ضرورة توافر علاقة السببية. ويقع عبء إثبات علاقة السببية على الدائن، ويكون ذلك بتقديم قرائن عليها، فلا يطلب منه دليل قاطع[73]، وعلى رأي آخر فان الدائن لا يكلف إثبات علاقة السببية فهي قائمة افتراضا

---

[69] الفقرة الرابعة من الطعن رقم 0743 لسنة 49 بتاريخ 11 / 01 / 1983 سنة المكتب الفني 34.

[70] نصت المادة (228) مدني مصري على انه:"لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرر لحقه من هذا التأخير".

[71] يقابله نص المادة (1/239) من المشروع.

[72] سلطان، مرجع سابق، ص280. دواس، أمين: مرجع سابق، ص215.

[73] الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص455.

وللمدين أن ينفيها[74]، وأرى انه على الدائن أن يثبت أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة معقولة لخطأ المدين، وذلك عبر تقديم قرائن أو أدلة تربط بين الخطأ والضرر، ولا يطلب من الدائن أدلة قاطعة، وهذه الأدلة تكون كافية لنقل عبء الإثبات ليصبح على المدين، ويستطيع المدين أن ينفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي أصاب الدائن، وذلك بإثبات السبب الأجنبي، وفي ذلك نصت المادة (215) مدني مصري:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ويرجع السبب الأجنبي إلى ثلاثة عوامل: القوة القاهرة، وفعل الغير، وفعل المتضرر نفسه[75]. وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية:" أن إصابة محركات الباخرة الناقلة للبضاعة موضوع العطاء مما اضطر أصحابها إلى قطرها إلى ميناء المصدر واضطر المحال عليه إلى نقلها إلى باخرة أخرى هو من قبيل الحادث الفجائي والسبب الأجنبي"[76].

وتعد السببية ركنا مستقلا عن ركن الخطأ، وينعدم ركن السببية مع بقاء الخطأ قائما، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ، بل يرجع إلى سبب أجنبي[77]، مثال ذلك أن يتفق الشخص مع صاحب السيارة على إيصاله إلى قاعة المزاد في وقت معين، فيتأخر السائق على الموعد، ويوصله متأخرا، ويصدف أن يجد الشخص أن المزاد قد فض قبل الوقت الذي كان يجب أن يصل فيه بسبب شجار حصل في قاعة المزاد، فصحيح أن السائق اخطأ بأن أوصله متأخرا، إلا انه حتى لو وصل في الوقت المحدد لوجد أن المزاد قد فض بسبب الشجار، أي أن الضرر الذي أصاب الشخص جراء عدم المشاركة بالمزاد كان لا بد واقعا، ولم يكن نتيجة التأخير، بل كان نتيجة الشجار[78].

---

(74) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص688.

(75) السرحان وآخر، مرجع سابق، ص326.

(76) تمييز حقوق 96/825، مجلة نقابة المحامين، السنة الثامنة والأربعين، العدد الخامس لسنة 1998، ص1428.

(77) السنهوري، مرجع سابق، ص688.

(78) لمزيد من الأمثلة: الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص458.

ويقودنا هذا المثال إلى معالجة الحالة التي لا ينشأ فيها الضرر عن سبب واحد، بل عن أسباب متعددة، يكون خطأ المدين أحدها، فبأي الأسباب يعتد في هذه الحالة؟

طرح الفقهاء الألمان في هذا السياق عدة نظريات أهمها نظرية **تكافؤ أو تعادل الأسباب**، ونظرية **السبب المنتج**. وبموجب **النظرية الأولى** فان السبب يعتبر متكافئا إذا اشترك في إحداث الضرر، ويكفي لمعرفة ما إذا كان السبب متكافئا أم لا، أن نتساءل ما إذا كان الضرر واقعا ولو لم يشترك هذا السبب، فإذا كان الجواب بالإيجاب، فلا يعتد بهذا السبب، وان كان بالنفي فانه يعتد بهذا السبب. أما بموجب النظرية الثانية، فانه إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التفرقة بين الأسباب العرضية، والأسباب المنتجة، وإهمال الأولى والاعتداد في الثانية، ويعد السبب منتجا إذا كان من طبيعة الأمور أن يؤدي قيامه إلى وقوع الضرر، أو بعبارة أخرى السبب المنتج هو الذي يؤدي عادة لقيام الضرر[79].

وقد تبنت محكمة النقض المصرية الموقرة، نظرية السبب المنتج، فقد جاء في القرار التالي وهو يتعلق بالمسؤولية التقصيرية:" ركن السببية في المسئولية التقصيرية لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم مصادفة في إحداثه بأن كان مقترناً بالسبب المنتج. لما كان ذلك، و كان السبب المنتج الفعال في وفاة ابن المطعون ضدهما هو إشعاله النار في نفسه عمداً، أما إهمال تابعي الطاعن في حراسته، فلم يكن سوى سبباً عارضاً ليس من شأنه بطبيعته إحداث هذا الضرر ومن ثم لا يتوافر به ركن المسئولية موضوع دعوى المطعون ضدهما، ولا يعتبر أساساً لها"[80]. وبقيت المحكمة الموقرة تأخذ بنظرية السبب المنتج في قراراتها اللاحقة، حيث قضت في أحكام حديثة نسبيا على أساس هذه النظرية[81].

---

[79] سلطان، مرجع سابق، ص378-380. السنهوري، مرجع سابق، ص904-908.

[80] الفقرة الأولى من الطعن رقم 1247 لسنة 51 بتاريخ 24 / 06 / 1982 سنة المكتب الفني 33.

[81] الفقرة الرابعة من الطعن رقم 4292 لسنة 61 بتاريخ 17 / 12 / 1992 سنة المكتب الفني 43. كذلك الفقـرة الأولى من الطعن رقم 0483 لسنة 34 بتاريخ 28 / 11 / 1969 سنة المكتب الفني 19.

المطلب الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية

أدرس في هذا المطلب شروط المسؤولية التقصيرية باقتضاب في فرع أول، ثم أميزها عن المسؤولية العقدية في فرع ثان، ثم ننهي هذا المطلب بمسألتي الجمع والخيرة بين المسؤوليتين في فرع ثالث.

الفرع الأول: شروط المسؤولية التقصيرية

كما هي شروط المسؤولية العقدية ثلاثة؛ الخطأ والضرر وعلاقة السببية، كذلك هي شروط المسؤولية التقصيرية التي أدرسها تباعا.

أولا: الخطأ

تعتبر فكرة الخطأ أو تجاوز حدود الحق، مسألة محل خلاف كبير بين الفقهاء[82]، ونحن في هذا السياق لسنا معنيين بدراسة هذا الخلاف[83]، إلا بالقدر الذي يهمنا لأغراض هذا البحث.

وتختلف فكرة الخطأ في القوانين المتأثرة بالفقه الإسلامي **(كالقانون الأردني)**، والذي يرتب المسؤولية بمجرد وقوع الفعل المؤدي إلى ضرر، ولو صدر هذا الفعل عن غير مميز[84]، عنها في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي **(كالقانون المصري)**، الذي يشترط توفر عنصر الخطأ، فيشترط لقيام المسؤولية توفر عنصر التمييز أو الإدراك، بالإضافة إلى عنصر الانحراف عن

---

(82) ألعدوي، مصطفى عبد الحميد، **النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام**، ط1، مطبعة حمادة الحديثة، 1996، (486–491) وقد أورد الأستاذ مصطفى عدوي تسعة آراء مختلفة في تعريف الخطأ.

(83) يقول الأستاذ عبد الحي حجازي في تبريره لعدم اتفاق الفقه على تعريف الخطأ" **إن فكرة الخطأ غير محددة لأنها تتصل بالأخلاق من قريب، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة**" ألعدوي، المرجع السابق، ص486.

(84) نصت المادة (256) مدني أردني على أن " **كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر**" ويتجه المشرع العراقي نفس هذا التوجه لتأثره بالفقه الإسلامي كذلك، للاستزادة: الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية**، ج1، مصادر الالتزام، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان، 1996، ص365.

سلوك الرجل العادي[85]. وقد أخذ المشروع بالفكرتين معا، أي أنه جاء بفكرة الخطأ من القانون المصري، وكذلك جاء بفكرة الفعل المؤدي إلى الضرر من القـانون الأردنـي، فأوجـد بـذلك تعارضا واضحا بين النصوص والأحكام، حيث نصت المادة (179) منه على:" كل من ارتكب فعلا سبب ضررا للغير يلزم بتعويضه". يتضح من هذا النص أنه مأخود من القوانين المتـأثرة بالفقه الإسلامي. إلا أن المشروع وفي نص المادة التالية مادة (1/180) أورد:" يكون الشـخص مسؤولا عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز" ويلاحظ أن هذا الـنص جـاء متـأثرا بالمادة (164) مدني مصري، وأقول متأثرا لأنه لم يتم أخذ النص كما هو من القانون المصري، وهذا باعتقادي خطأ ارتكبه واضعوا المشروع، حيث أنهم استعملوا مصطلح (أعماله الضـارة) بدلا من استعمال مصطلح (أعماله غير المشروعة) كما جاء في النص المصري. ولـن نطيـل البحث في هذه النقطة لأنها تحتاج إلى بحث خاص، إلا أننا نقول أن عبارة الأفعال الضارة، هي عبارة تتناغم مع نص المادة 179 من المشروع، وبالتالي تتناغم مع الاتجاه المأخوذ به من الفقه الإسلامي، وأرى ضرورة إيجاد تناغم في النصوص، سواء أكان الأخذ قد تم من الفقه الإسلامي وهو ما أؤيده، أم من القانون المصري وهو ما جرى عليه المشروع في غالبية النصوص، فهذا يعني أنه يجب الرجوع في استقاء النصوص إلى مصدر واحد حتى لا تتضارب المفـاهيم فـي إطار النص الواحد، وحسنا فعل واضعوا المذكرات الإيضاحية للمشروع عندما اقترحت الأكثرية أن يتم شطب المادة (179) لوجود التعارض[86]، وأرى أنه يجب أن يستعملوا في المادة (180) عبارة العمل غير المشروع بدلا من عبارة (أفعاله الضارة)، وذلك لتحقيق التناغم بين الأحكـام والمفردات المستعملة.ومعيار الخطأ، يوجب توفر عنصري الإدراك والانحـراف فـي المـدني المصري. ويتحقق عنصر الانحراف بالفعل أو بالترك، ومعياره موضوعي مجرد لا يرتبط بهذا الفاعل بالذات، بل ينظر فيه إلى سلوك الشخص العادي المتوسط في مثل الظـروف الخارجيـة

---

(85) السنهوري، عبد الرزاق: **الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري**، ج1، لم تـذكر طبعـة، بيروت، المجمع العلمي العربي الإسلامي – منشورات محمد الداية، بدون سنة نشر 323. سلطان، أنـور، **المـوجز فـي مصادر الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف– جلال حربي وشـركاه، 1996 (323–325). الفضـل، مرجـع سـابق، ص364.

(86) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص210.

التي وجد فيها الفاعل[87]، وعلى خلاف الالتزام في الخطأ في المسؤولية العقدية الذي قد يكـــون أحيانا، التزاما بتحقيق نتيجة، فان الالتزام في المسؤولية التقصيرية يكون دوما ببذل عناية[88].

ثانيا: الضرر

الضرر ركن من أركان المسؤولية التقصيرية، لا تقوم المسؤولية إلا إذا تحقق، وفي ذلك قالت محكمة النقض المصرية:" المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المسئولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ ثابت في جانب المسئول إلى ضرر واقع في حق المضرور وعلاقة سببية تربط بينهما بحيث يثبت أن هذا الضرر قد نشأ عن ذلك الخطأ ونتيجة لحدوثه"[89].

وقد سبق القول أن الضرر قد يكون أدبيا، وقد يكون ماديا، وعلى خلاف فـــي القـــانون الأردني بين الضرر الأدبي في المسؤوليتين، فان الضرر الأدبي فـــي المســـؤولية التقصـــيرية يعوض عنه، بدلالة المادة (1/267) التي جاء فيها:" يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كـــذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شـــرفه أو فـــي ســـمعته أو فـــي مركـــزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولا عن الضمان" وبهـــذا يختلـــف المـــدني الأردني مع المدني المصري، حيث أن الأخير ينص على التعويض عن الضـــرر الأدبـــي فـــي المسؤولية العقدية أيضا إلى جانب المسؤولية التقصيرية، وهو مذهب المشروع.

كما أن مقدار التعويض في الضرر في المسؤولية التقصيرية في المدني الأردني يمتـــد إلى الكسب الفائت إلى جانب الخسارة اللاحقة، وفي ذلك تقول المادة (266) مدني أردني:" يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته مـــن كســـب بشـــرط أن

---

[87] فودة، عبد الحكم: **الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1996، ص42.

[88] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص779. الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص11.

[89] الفقرة الثانية من الطعن رقم 6051 لسنة 62 بتاريخ 13 / 06 / 1993 سنة المكتب الفني 44.

يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار" وبذلك فانه يخالف نظيره المصري الذي يعـوض عـن الخسارة اللاحقة ليس فقط في المسؤولية التقصيرية بل أيضا في المسؤولية العقدية[90].

ويشترط في الضرر أن يكون محققا[91]، وليس احتماليا، وبهذا يتفق القانونان. وقد عالج المدني المصري التعويض عن الضرر غير المتوقع في المسؤولية التقصيرية، حيث يتضح مـن مراجعة النصوص أن القانون المصري يعوض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية التقصيرية، فقد ورد في المادة (2/221) مدني مصري:" ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"[92]. وبمفهوم المخالفة لهذا النص، فان المدني المصري يعوض عن الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية، بينما لم يرد في المدني الأردني مثل هذا النص. وفـي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن:" المقرر في قضاء هذه المحكمـة أن التعـويض فـي المسئولية التقصيرية تشمل كل ضرر مباشر متوقعا كان أو غير متوقع، وان الضرر بدوره يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته"[93].

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

علاقة السببية من أركان المسئولية، وتوافرها شرط لازم لقيامها، والقضاء بـالتعويض تبعا لذلك، وهى تقضي أن يكون الخطأ متصلا بالإصابة أو الوفاة إتصال السبب بالمسبب، بحيث لا يتصور وقوع أيهما بغير قيام هذا الخطأ[94].

وتنتفي علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية كما هو الحال في المسؤولية العقديـة إذا اثبت المدين السبب الأجنبي، والسبب الأجنبي يكون إما قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وإما خطـأ

---

(90) راجع الفرع الثاني من المطلب الأول من هذا المبحث.

(91) راجع الفرع الثاني من المطلب الأول من هذا المبحث.

(92) أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (2/239) منه.

(93) الفقرة الأولى من الطعن رقم 1995 لسنة 61 بتاريخ 21 / 04 / 1996 سنة المكتب الفني 47. كذلك: الفقرة الثانية من الطعن رقم 0423 لسنة 39 بتاريخ 11 / 11 / 1974 سنة المكتب الفني 25.

(94) الفقرة الأولى من الطعن رقم 1537 لسنة 62 بتاريخ 29 / 12 / 1992 سنة المكتب الفني 43

الغير، وإما خطأ المضرور نفسه، وفي ذلك تقول المـــادة (165) مـــدني مصـــري:" إذا اثبـــت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطـــأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفـــاق على غير ذلك"[95]. كما قد يشترك فعل المضرور نفسه مع فعل (المدين) في إحداث الضـــرر، وفي ذلك جاء في المادة (216) مدني مصري:" يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"[96]. كمـــا قـــد يشترك في إحداث الضرر عدة مسؤولين، وفي هذه الحالة توزع المسؤولية بحسب جسامة كـــل فعل، وقد جاء في المادة (169) مدني أردني:" إذا تعدد المسئولون عن عمـــل ضـــار، كـــانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بيـــنهم بالتســـاوي إلا إذا عـــين القاضي نصيب كل منهم في التعويض"[97].

وتعتبر جسامة خطأ كل من المسؤولين من مسائل الواقع التي يقدرها القاضي، بحسب ظروف كل حالة، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية:".. و من المقرر كذلك أن استخلاص علاقة السببية بين الخطأ و الضرر و تقدير مدى جسامة الخطأ من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع إلا أن لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها متى كان إستخلاصه غير سائغ"[98].

الفرع الثاني: الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد

---

[95] يقابل نص المادة (181) من المشروع.

[96] يقابلها نص المادة (242) من المشروع.

[97] يقابله نص المادة (185) من المشروع. وقد نصت المادة (10) من قانون المخالفات المدنيـــة رقـــم 36 لســـنة 1944 الساري في فلسطين على انه:" إذا اشترك شخصان أو أكثر في تبعة فعل بمقتضى أحكام هذا القانون، وكان ذلـــك الفعـــل يؤلف مخالفة مدنية، يتحمل ذانك الشخصان أو أولئك الأشخاص تبعة ذلك الفعل بالتضامن، وتجوز إقامة الدعوى عليهما أو عليهم مجتمعين أو منفردين".

[98] الفقرة الثالثة من الطعن رقم 1443 لسنة 47 بتاريخ 04 / 03 / 1981 سنة المكتب الفني 32. أيضا: الفقـــرة الخامسة من الطعن رقم 1527 لسنة 48 بتاريخ 20 / 12 / 1979 سنة المكتب الفني 30.

من التزامات، والمسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير[99].

وأدرس في هذا المقام أهم الفروق التي وردت في القانون المدني المصري والمشـــروع فيما يتعلق بالمسؤوليتين[100]:

أولا: فيما يتعلق بالأهلية: تشترط المسؤولية العقدية أهلية التمييز، في حين لا تشترط المسؤولية التقصيرية، أهلية التمييز في بعض القوانين.

ثانيا: الإثبات: يتحمل الدائن إثبات وجود العقد، فيما يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامـــه العقدي، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن يتحمل عبء الإثبات بشكل كامل.

ثالثا: من حيث مدى التعويض: يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الأضرار المتوقعة، فيما يمتد ليشمل الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية.

رابعا: من حيث الاعذار، ففي المسؤولية التقصيرية لا يلزم الاعذار، بينما يلزم في المســؤولية العقدية ما لم ينص على غير ذلك.

خامسا:من حيث التضامن بين المدينين: لا يقوم التضامن في المسؤولية العقدية إلا بالاتفـــاق أو بنص القانون، فيما يقوم التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية دوما.

سادسا: من حيث التقادم: مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية هي ثلاث ســـنوات مـــن تـــاريخ اكتشاف الفعل الموجب لها، على أن لا تزيد المدة على خمسة عشر عاما[101][102]. وفي حين أن التقادم في المسؤولية العقدية –كقاعدة عامة– خمسة عشر سنة.

---

[99] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص748.

[100] مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**، ج1، **في الالتزامات**، المجلد الأول، **في الفعل الضار والمســـؤولية المدنية**، القسم الأول، **في الأحكام العامة**، ط5، 1992، ص17 وما بعدها. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق،ص749 وما بعدها. زكي، محمود جمال الدين: **مشكلات المسؤولية المدنية**، ج1، **في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسالة الخيرة**، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة،1978، ص7 وما بعدها. حجازي، عبد الحي: **النظرية العامـــة للالتزامـــات**، ج2، **مصادر الالتزام**، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص419.

سابعا: من حيث درجة الخطأ: يكون الخطأ في المسؤولية العقدية إما إخــلال بــالتزام بتحقيــق نتيجة، أو إخلال بالتزام ببذل عناية، أما في التقصيرية، فهو دوما إخلال ببذل عناية.

ثامنا: اتفاقات الإعفاء من المسؤولية: هي جائزة –كأصل عام– في المسؤولية العقدية، في حين أنها غير جائزة في التقصيرية. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية:" إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى أن مسئولية الشركة المؤجرة مسئولية تقصيرية وكانت الفقرة الأخيرة من المادة 217 من القانون المدني صريحة في بطلان كل شرط يقضى بالإعفاء من هذه المسئولية فإن دفاع الشركة المؤسس على إعفائها يكون مرفوضا حتما وبالتالي فهو دفاع جوهري لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى ومن ثم فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يبطله"[(103)].

الفرع الثالث: الجمع بين المسؤوليتين وتخير المضرور أحد المسؤوليتين

يقصد بالخيرة بين المسؤوليتين، هو أن تتوفر في الفعل نفسه أركان المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على السواء[(104)]، ومثال ذلك خطأ المستأجر الذي يتلف به العين المؤجرة، وخطــأ أمين النقل الذي يحدث إصابة بالراكب، فانه تتحقق به شروط المسؤوليتين[(105)].

[(101)] المادة (172) مدني مصري، يقابلها المادة (199) من المشروع.

[(102)] نص قانون المخالفات المدنية على أن مدة التقادم بوجه عام هي سنتان، فقد جاء في المادة (68) انه:" لا تقام الدعوى لمخالفة مدنية، إلا إذا ابتدأت الدعوى: خلال سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير المشكو منه، أو خلال ســنتين من توقف الضرر إذا كانت المخالفة المدنية تسبب ضرراً يستمر من يوم إلى آخر، أو(ج) خلال سنتين من التاريخ الــذي لحق فيه الضرر بالمدعي إذا لم يكن سبب الدعوى ناشئاً عن إتيان فعل أو التقصير في إتيان فعل بل عن ضرر ناجم عن إتيان فعل أو عن التقصير في إتيان فعل، أو (د) خلال سنتين من تاريخ اكتشاف المدعي للمخالفة المدنية أو من التــاريخ الذي كان من وسع المدعي أن يكتشف فيه المخالفة لو أنه مارس القدر المعقول من الانتباه والمهارة، إذا كان المدعى عليه قد أخفى المخالفة بطريق الاحتيال: ويشترط في ذلك ما يلي: إذا كان المدعي، حين نشوء سبب الدعوى لأول مــرة، دون الثامنة عشرة من عمره، أو مختل القوى العقلية، أو إذا لم يكن المدعى عليه في فلسطين، لا تبدأ مدة السنتين، في أية حالة من هذه الحالات، إلا عند بلوغ المدعي الثامنة عشرة من عمره، أو استعادته قواه العقلية، أو عند وجود المدعى عليه ثانية في فلسطين. لا يؤثر أي حكم من أحكام هذه المادة في أحكام المادتين الرابعة عشرة والخامسة والخمسين من هذا القانون.

[(103)] الفقرة الخامسة من الطعن رقم 0197 لسنة 34 بتاريخ 26 / 10 / 1967 سنة المكتب الفني 18

[(104)] العمروسي، أنور: **المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقديــة فــي القــانون المــدني**، الإســكندرية، دار الفكــر الجامعي،2004، ص18-19.

[(105)] مرقس، **الوافي**، مرجع سابق، ص69.

مما يضعنا أمام سؤالين: الأول يتعلق بجواز أو عدم جواز الجمع بينهمـــا، أمـــا الثـــاني فيتعلق بجواز أو عدم جواز الخيرة بينهما.

أما بخصوص **الجمع بين المسؤوليتين**، فلا شك انـــه لـــيس للـــدائن أن يجمـــع بـــين المسؤوليتين فيتقاضى تعويضاً مرتين عن الضرر نفسه، لأن حكمة تشـــريع المســـؤولية جبـــر الضرر، كما لا يجوز له أن يطبق أحكامهما تطبيقا جامعا بحيث يأخذ من كل مسؤولية ما هـــو أصلح له، ذلك أن المشرع وضع لكل مسؤولية أحكامها فلا يجـــوز للـــدائن أن يبتكـــر نظامـــا ثالثا[106]. ومثال ذلك في عقد النقل أن يستند المضرور إلى المسؤولية العقدية التي تقتضي وجود التزام بضمان السلامة على عاتق الناقل حتى يخفف عن عاتقه عبء الإثبات، أو يفيد من تقـــادم طويل. ويستند من ناحية أخرى على المسؤولية التقصيرية في مطالبته بالتعويض كـــي يحصـــل على تعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، أو يتمسك بالتضامن بين المدينين، أو بـــبطلان الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية[107]. كما أنه لا يجوز أن يجمع الدائن بين المسؤوليتين[108]، فإذا رفع دعوى بناء على إحدى المسؤوليتين وخسرها، فلا يجوز له أن يرفع الدعوى نفســـها علـــى أساس من المسؤولية الأخرى[109].

وقد انقسم الفقه في مسألة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، فهناك رأي يرى جوازها[110]، فيما يرى آخرون عدم جوازها، أما الذين يقولون **بجواز الخيرة**، فيستندون إلى أن القانون يقضي بأنه إذا تحققت شروط الدعوى جاز للدائن رفعها، وفي هذه الحالة إذا توافرت

---

(106) العمروسي، مرجع سابق، ص18. مرقس، **الوافي**، ج1، مرجع السابق، ص71.

(107) أبو السعود، رمضان: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتـــزام**،الإســـكندرية، دار المطبوعـــات الجامعيـــة،2002، ص322-323.

(108) أخذ قانون المخالفات المدنية صراحة بعدم الجمع بين المسؤوليتين، فقد نصت المادة (63) من قانون المخالفات المدنية على انه:" لا يجوز لأي شخص أن ينال تعويضاً عن الإخلال بشروط عقد، أو بشروط التزام يماثل الالتزامات الناشئة عن العقد، إذا كان ذلك الإخلال يكون أيضاً مخالفة مدنية وكان ذلك الشخص أو شخص آخر يدعى عن طريقه، قد حكمت لـــه محكمة بتعويض أو بنصفة أخرى عن تلك المخالفة المدنية".

(109) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص758.

(110) في تفصيل ذلك: زكي، محمود جمال الدين: **مشكلات المسؤولية المدنية**،ج1، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة،1978، ص488 وما بعدها. عامر، حسين وعامر، عبد الرحيم: **المسؤولية المدنية التقصـــيرية والعقديـــة**، ط2، دار المعـــارف، 1979، ص107 وما بعدها.

شروط الدعوى العقدية، جاز له رفعها، وكذلك جاز له رفع الدعوى التقصيرية إذا توافرت شروطها[111]. وقد ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إلى أنه:" لئن كان أساس التعويض الذي يستحقه المستأجر في حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسئولية العقدية التي تقضى قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول إلا إنه إذا كان المؤجر قد إرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول"[112]. يلاحظ أن محكمة النقض، وان أخذت في هذا القرار بجواز الخيرة بطريقة غير مباشرة، إلا أن ذلك يعود ليس إلى (إهمال) المدين إهمالا يسيرا، بل اشترطت ذلك في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبعبارة أخرى؛ يدلل القرار على أن محكمة النقض، غير متحمسة لتطبيق المسؤولية التقصيرية، وإنما ضيقت من تطبيقها بشروط وردت في القرار المذكور، كما أن المحكمة لم تشر صراحة إلى جواز الخيرة.

أما القائلون بعدم الخيرة– وهم الأغلبية[113]–، فيرون بأن دعوى المسؤولية العقدية، تجبٌّ دعوى المسؤولية التقصيرية، ذلك أن الدائن لم يعرف مدينه إلا من خلال العقد، ومن ثم فان كل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد، يجب أن يحكمها العقد وحده. كما يستندون في رأيهم إلى أن المسؤوليتين تتعارضان في الأساس، بمعنى أن المسؤولية العقدية تقوم بين متعاقدين يربطهما عقد، فيما تقوم المسؤولية التقصيرية بين أجنبيين، ولا يمكن أن يجمع الشخص بين وصف المتعاقد ووصف الغير في وقت واحد، وعلى ذلك لا بد من الوقوف عند حد المسؤولية العقدية وحدها[114]. كما يستند أنصار عدم الخيرة، إلى مبدأ سلطان الإرادة، فإبعاد المسؤولية التقصيرية يرجع إلى بند ضمني، يفترض فيه أن طرفي العقد بإبرامه قد نزلا عن نظرية القانون العمومي في المسؤولية التقصيرية، ليجعلا العقد قانونهما في المسؤولية[115].

---

[111] في تفصيل هذا الرأي: السنهوري، **الوسيط**، ج1، مرجع سابق، ص758–759.

[112] الفقرة السابعة من الطعن رقم 0350 لسنة 30 بتاريخ 11 / 11 / 1965 سنة المكتب الفني 16.

[113] أبو السعود، **النظرية العامة للالتزام**، مرجع سابق، ص323.

[114] من هذا الرأي الأستاذ السنهوري، مؤلفه: الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص759.

[115] زكي، مشكلات المسؤولية، ج1، مرجع سابق،ص481–482.

ويورد كثير من أنصار عدم الخيرة استثناءات على مبــدئهم؛ فيجيــزون الخيــرة فــي الأحوال التي يشكل فيها الإخلال بالالتزام العقدي جريمة، أو يرجع إلى غش، أو خطــأ جســيم، على أن قسم آخر منهم يرون بعدم الخيرة مطلقا[116].

ويبدو من الرجوع إلى أحكام محكمة النقض المصرية، أن المحكمة تتبنــى مبــدأ عــدم الخيرة مع استثناءاته التي ذكرتها، ففي حكم حديث نسبيا لها قررت:" المقرر ـــ فــي قضــاء محكمة النقض ـــ أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في دعــوى التعــويض التــي يرتبط فيها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب علــى الأخــذ بأحكــام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عنــد عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة، إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحــق بأحــد المتعاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما مما تتحقــق به في حقه أركان المسئولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنــع عليــه أن يرتكب هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد وأن استخلاص عناصــر الغش وتقدير مما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابــة من محكمة النقض متى كانت الوقائع تسمح بذلك"[117].

وأرى أن اتجاه محكمة النقض، هو الأسلم ويتفق مع مبدأ سلطان الإرادة، فعندما يدخل الأطراف بعلاقة عقدية، فان الإرادة المفترضة أو الضمنية –القاضية بأن يقوم العقد بحكم علاقتهم وبالتالي مسؤولياتهم– لا تتوفر في حالة ما إذا لجأ أحد الأطراف إلى المسؤولية التقصيرية لمسائلة الطرف الآخر، في أحوال الغش والخطأ الجسيم والجريمة، لأنه لا يتصور أصلا أن تتوافق الارادتين على السماح لأحد المتعاقدين بارتكاب أي من هذه الأفعال.

---

(116) المرجع السابق، ص682-687.

(117) الفقرة الثانية من الطعن رقم 0530 لسنة 58 بتاريخ 29 / 02 / 1996 سنة المكتــب الفنــي 47. والفقــرة الرابعة من الطعن رقم 2384 لسنة 54 بتاريخ 04 / 04 / 1990 سنة المكتب الفني 41.

المبحث الثاني: التعريف بالشروط المعدلة للمسؤولية العقدية وآثارها من حيث الأشخاص واثر بطلانها على العقد

لقد خصصت هذا المبحث، من أجل التعريف بالشروط المعدلة ونطاقها (محلها)، وقد آثرنا إجراء هذه التعريفات في الفصل التمهيدي، لما في هذه الأمور من انبساط على مختلف فصول البحث، وأيضا لتسهيل إجراء التمييز بين تلك الأنواع وبين النظم التي تشتبه بها، فمن غير المستساغ، إجراء التمييز المذكور دون تعريف الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية. كما ارتأينا ضرورة البحث في آثار الشروط المعدلة من حيث الأشخاص، ذلك أن لهذه الآثار أحكاما عامة لا يختص بها –بوجه عام– شرط دون الآخر، كما أدرس في هذا المبحث آثار بطلان الشروط المعدلة في المسؤولية، مرجئاً البحث في آثار صحة كل شرط من حيث الموضوع لدى البحث في كل شرط على حدة.

وقد قسمت هذا المبحث إلى أربعة مطالب، تناولت في أولها أنواع الشروط المعدلة ونطاقها، وفي المطلب الثاني، أدرس تمييز الشروط المعدلة عما يشتبه بها من نظم قانونية أخرى، فيما أدرس في الثالث آثار الشروط المعدلة من حيث الأشخاص، وخصصت المطلب الرابع لأثر بطلان هذه الشروط على العقد.

المطلب الأول: أنواع الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية ونطاقها

الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية ثلاثة: شرط الإعفاء من المسؤولية، وشرط التخفيف من المسؤولية، وشرط التشديد في المسؤولية. أدرسها في الفرع الأول، فيما أدرس في الفرع الثاني، مدى التعديل.

الفرع الأول: أنواع الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية

الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية بالمعنى الدقيق ثلاثة، أدرسها فيما يلي.

أولا: الشرط المعفي من المسؤولية العقدية

الشرط المعفي هو ذلك الشرط الذي ترفع بموجبه مسؤولية المدين، وقد عرف احد الشراح الشرط المعفي من المسؤولية بأنه: "الاتفاق على إعفاء المدين من التزامه بالتعويض عن الفعل الضار ومنع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة"[118].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قاصر على الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار، رغم أن التعريف جاء مطلقا، بحيث يوحي بأنه يشمل كذلك المسؤولية العقدية، مهما يكن فلو أسقطنا هذا التعريف على الالتزام العقدي، نجده يعفي من الالتزام بالتعويض الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي كما أنه يمنع المطالبة بالتعويض تبعا لذلك، وأرى أن هذا التعريف يخلط بين أمرين: التعويض الاتفاقي من جهة، والتعديل في المسؤولية من جهة ثانية. فالإعفاء من التعويض يدخل في نظام التعويض الاتفاقي، أما الإعفاء من المسؤولية فهو مسألة سابقة على التعويض، ذلك أن عدم التعويض أثر من آثارها، وليست هي مسألة الإعفاء من المسؤولية ذاتها، ونقول مسألة سابقة، أي أنه إذا ثبت شرط الإعفاء فلن يكون هناك تعويض يبحث عنه، كما أن التعويض من النظام العام، فلا يجوز الإعفاء منه. لذا فإنني أرى أن هذا التعريف قاصر عن أن يكون من الناحيتين العلمية والعملية صحيحا.

وعرفه آخر بأنه:" اتفاق يقصد به تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، أو المتولد عن إتيان عمل غير مشروع بالإعفاء من المسؤولية عن المدين"[119]. وأرى أن هذا التعريف لا ينصب على اتفاق الإعفاء، وإنما ينصب على ما يقصده المتعاقدين من الاتفاق، وهو تعديل آثار المسؤولية، ولا يصلح هذا التعريف –مع الاحترام– لتوضيح ماهية شرط الإعفاء.

فيما عرفه ثالث بأنه: "اتفاق يقصد به رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار (أو العقد) ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة"[120]. وهذا التعريف يتسم

---

(118) العيسائي، عبد العزيز مقبل: **شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني– دراسة مقارنة**(أطروحة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1998، ص 25.

(119) زكي، محمود جمال الدين: **مشكلات المسؤولية المدنية**،ج2، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة،1990، ص10.

(120) مرقس، الوافي، ج1، مرجع سابق، ص636.

بالوجاهة والدقة، ذلك أن شرط الإعفاء يقصد به رفع المسؤولية، أي اعتبار المدين بموجب هذا الشرط غير مسؤول رغم أنه بموجب القواعد العامة يكون مسؤولا لو لم يرد مثل هذا الشـــرط، مع ملاحظة أن التعريف يشمل التعديل في المسؤولية المدنية ككل وليس في العقدية إلا انـــه إذا أردنا تطبيق التعريف على المسؤولية العقدية فسيفي بالغرض.

بناء على ما تقدم أرى أن الشرط المعفي من المسؤولية العقدية هو عبارة عن بند يـــرد في عقد أو باتفاق منفصل، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتـــب فـــي ذمة الأخير إعفاء تاما جراء عدم تنفيذه لالتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بالاتفاق، رغم تحقق هذه المسؤولية بموجب القواعد العامة.

ثانيا: الشرط المخفف من المسؤولية العقدية

يتخذ الشرط المخفف عدة صور، ويؤدي الاتفاق عليه ان تكون مسؤولية المدين مخففه، وقد عرفه احد الباحثين بأنه: "الاتفاق على إنقاص مدى التعويض"[121]. وهذا التعريف يخلط بين التعويض ألاتفاقي وبين التخفيف من المسؤولية التي هي مسألة سابقة على التعويض، وقد ســـبق توضيح ذلك في معرض الحديث عن شرط الإعفاء.

ويذهب تعريف آخر أنه يقصد بالتخفيف "رفع جزء من مسؤولية المدين وقصر مساءلته على الجزء الباقي"[122]. وهذا التعريف دقيق فيما يتعلق بالجزئية التي عالجهـــا، إلا انـــه غيـــر جامع، فهو لا يشتمل على الحالة التي يكون فيها شرط التخفيف قد ورد على نوع التزام المدين، ذلك أنه قد يتفق في شرط التخفيف على أن تصبح مسؤولية المدين ببدل عنايـــة علـــى خـــلاف القواعد العامة التي تقضي بأن مسؤوليته هي بتحقيق غاية. كما أن هذا التعريف لا يشتمل علـــى الاتفاق على التخفيف من درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام.

وذهب تعريف آخر إلى أن شروط التخفيف "هي تلك التي بمقتضاها يخفض التعويض

---

(121) العيسائي، عبد العزيز: مرجع سابق، ص25.

(122) مرقس، الوافي، ج1، مرجع سابق، ص637.

عن قدر الضرر الذي يستوجبه، أو تنقص المدة التي في أثنائها يجوز رفع دعوى المسؤولية"[123].

وأرى أن التخفيض في التعويض، وإن كان يخفف من المسؤولية في المآل النهائي، إلا انه اتفاق لا يرد على المسؤولية مباشرة، ولا يصح القول بأنه شرط يعدل في أحكامها، فالتعويض نظام قانوني -باعتقادي- مستقل، فيما اتفاقات المسؤولية هي اتفاقات ترد على المسؤولية ذاتها، فيوصف المدين بأنه مسؤول إذا تحققت أركان تلك المسؤولية، ليس بموجب القواعد العامة بل بموجب العقد. أما فيما يتعلق بالشق الثاني من التعريف، فنحن نتفق معه في أن من صور التخفيف الاتفاق على مدة أقل من المدة التي حددها القانون، إذا أجاز القانون الاتفاق بنص خاص على خلافها. فالأصل أن يجيز القانون الاتفاق على مدة أقل بنص خاص، لأن القاعدة تقضي بأن قواعد التقادم من النظام العام.

وعليه، فإنني أرى تعريف الشرط المخفف في المسؤولية العقدية بأنه: عبارة عن بند يرد في عقد، أو باتفاق منفصل، تخفف بموجبه مسؤولية المدين، وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية، وهي حالة إعفاء جزئي من المسؤولية، أو بالتخفيف في تقييم مسلك المدين بحيث لا يطالب المدين بالعناية التي تفرضها القواعد العامة، وإنما بالعناية التي ينص عليها الاتفاق، والتي تكون أقل منها في القواعد العامة.

ثالثا: الشرط المشدد في المسؤولية العقدية

يقصد بالشرط المشدد في المسؤولية العقدية، هو ذلك الشرط الوارد في العقد أو باتفاق منفصل، الذي يقضي بمسؤولية المدين في حالة أو في أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة. فيمكن الاتفاق على أنه حتى لو قام سبب أجنبي نفى العلاقة بين خطأ المدين وبين الضرر الذي أصاب الدائن يبقى المدين مسؤولا، وكذلك يمكن الاتفاق على أن يكون التزام المدين بتحقيق غاية، رغم أنه في الأصل ببذل عناية، أو الاتفاق على تشديد العناية التي يبذلها المدين.

[123] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص170-171.

والاتفاق على التشديد في المسؤولية جائز، ليس في المسؤولية العقدية فحسب، بل وأيضا في المسؤولية التقصيرية[124]، على خلاف شرط الإعفاء وشرط التخفيف الذي لا يجوز في المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: نطاق الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية

يرى البعض أن التعديل في أحكام المسؤولية يقتصر على شروط المسؤولية، ولا يشمل مضمون الالتزام[125]، ذلك أنه من وجهة نظر مؤيدة لهذا الرأي؛ إن الإعفاء من الالتزام لا يعتبر إعفاء من المسؤولية، لأن الإعفاء من الالتزام ينفي وجود الالتزام، بينما الإعفاء من المسؤولية يبقي الالتزام قائما، وإنما يكون المدين غير مسؤول إذا لم يقم بتنفيذه، وهنا يستندون إلى أن الالتزام المدني يتضمن عنصري المسؤولية والمديونية، فالتعديل يصيب عنصر المسؤولية في حالة الإعفاء من المسؤولية، فيما يصيب العنصرين معا في حالة الإعفاء من الالتزام. كما يستندون في رأيهم على أن الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، غير جائز في حالتي الغش والخطأ الجسيم[126].

فيما يذهب آخرون إلى وجود صورتين للتعديل في المسؤولية، وهما الصورة المباشرة، والصورة غير المباشرة للتعديل في المسؤولية، وتتحقق الصورة الثانية إذا انصب التعديل على مضمون الالتزامات التي يتحملها المدين، فيجوز للأطراف الاتفاق على تعديل القواعد المكملة في العقد، ومثال ذلك أن يتفق الأطراف على تحمل المؤجر بالترميمات الضرورية والتأجيرية على حد سواء، وكذلك الاتفاق على أن يشمل التزام البائع تسليم المبيع دون مرفقاته[127].

---

[124] فرج، توفيق حسن: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتـزام**، الدار الجامعية، دون سنة، ص403. حسين، شـريف احمد شريف: **المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994، ص162. الفضل، مرجع سابق، ص310. الصدة، مرجع سابق، ص640.

[125] زكي، **مشكلات المسؤولية**، ج2، مرجع سابق، ص49.

[126] المحاقري، إسماعيل محمد علي: **الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني**، 1996، ص347. زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص49.

[127] الاهواني، حسام الدين: **النظرية العامة للالتزام**، ج1، **مصادر الالتزام**، ط2، 1995، ص464.

أما التعديل بصورة مباشرة، فهو التعديل الذي يتجاوز مجرد التعديل في مضمون العقد إلى الشروط المتعلقة بالمسؤولية ذاتها، فيبقى مضمون الالتزام كما هو مع الاتفاق على مخالفته[128].

ويرى أصحاب الرأي المنكر للصورة غير المباشرة بأن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، إذا لم يكن لها تأثير على التزام المدين فلها تأثير غير مباشرة على درجة العناية التي يتبعها المتعاقد في تنفيذ التزامه[129]. وهي مسألة باعتقادي تدخل في إطار التعديل في المسؤولية ولا تجاوزه.

كما ويرى أصحاب الرأي المنكر للصورة غير المباشرة (التعديل في مضمون الالتزام) أيضا بأنه لا يجوز الإعفاء –في الإعفاء من المسؤولية– من الالتزام الجوهري، و إلا تحول العقد إلى عقد آخر أو أصبح باطلا، ويمثلون على ذلك بالإعفاء من التزام البائع بنقل الملكية، حيث لا يجيزونه لأنه –حسبما يرون– قيد على اتفاق الإعفاء من المسؤولية[130].

وأرى أن الإعفاء من الالتزام لا يعتبر إعفاء أو تعديلا في المسؤولية، وهذا الرأي هو الأصوب في اعتقادي، ذلك أن إلقاء التزام معين على أحد طرفي العلاقة لا يعني تعديل في أحكام المسؤولية، وإنما هو تعديل في الالتزامات على خلاف القواعد المكملة وهو جائز، لكنه لا يمس المسؤولية بحال، هذا من جهة، ومن جهة ثانية أجد أن الإعفاء من الالتزام يعني عدم قدرة الدائن على إجبار المدين على التنفيذ العيني، بينما يكون المدين ملزما بالتنفيذ العيني في ظل شرط الإعفاء. ولكنا لا ننفي وجود أثر لاتفاقات المسؤولية على درجة العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ الالتزام، إلا أن مثل هذه الحالة لا تخرج عن إطار التعديل في المسؤولية.

وعليه أرى بأن التعديل في أحكام المسؤولية يأخذ صورة واحدة، أما التعديل في الالتزامات فهي تخرج من مفهوم التعديل في المسؤولية.

---

(128) المرجع السابق، ص464.

(129) يحيى، ياسين محمد: **اتفاقات الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المصري والفرنسي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص55.

(130) المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص346.

المطلب الثاني: تمييز الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية عما يشتبه بها من النظم

أدرس في هذا المطلب، تمييز الشروط المعدلة عما يشتبه بها من النظم، ونتعرض على وجه التحديد للتعويض الاتفاقي، والتأمين من المسؤولية، أدرسهما في فرعين.

الفرع الأول: تمييز الشروط المعدلة عن التعويض الاتفاقي

التعويض الاتفاقي هو تقدير اتفاقي مقدم لقيمة التعويض التي يدفعها الطرف الذي يخل بالتزامه[131]. ويتفق التعويض الاتفاقي مع التعديل في المسؤولية، في أنهما تعديل اتفاقي على ما تقضي به القواعد العامة التي أوردها المشرع.

كما يتفقان في أنهما (كاتفاقين) يعدان باطلين في حالتي الغش والخطأ الجسيم[132]. كما يتشابهان في أن كلا النظامين في أحيان كثيرة يؤديان إلى نفس النتيجة، وهي تخفيف التعويض الذي يلتزم به المدين، أو تحميل المدين تعويضا أكثر من التعويض الذي كان يجب أن يتقاضاه الدائن.

ويختلف التعويض الاتفاقي عن الاتفاقات المعدلة في المسؤولية، في أن الأول يتناول قيمة التعويض ولا يتناول مسؤولية المدين، أي أن المدين يظل مسؤولا مسؤولية كاملة حتى لو كان التعويض أقل من الضرر الواقع، ففي هذه الحالة الأخيرة، لا يعد مثل هذا الاتفاق بأنه تخفيف من المسؤولية، وكذلك الحال لو اتفق بين الطرفين على تعويض اتفاقي يفوق الضرر الواقع، فلا يعد مثل هذا الاتفاق شرطا مشددا للمسؤولية[134].

---

(131) أبو عرابي، غازي: *سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الاردني*، **مجلة دراسات الشريعة والقانون**، المجلد 25، عدد1/1998، الصفحات (46-62)، ص46.

(132) نصت المادة (225) مدني مصري بأنه:" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض ألاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطا جسيما". وهي تطابق نص المادة (241) مشروع. وسنرى لاحقا انه لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

(134) على عكس رأيي: العيسائي، عبد العزيز: مرجع سابق،ص25.

كما يختلفان في أن التعديل في المسؤولية بتخفيفها، أو بالإعفاء منها، يكون دائمـــا فـــي مصلحة المدين، فيما يكون في حالة التعويض الاتفاقي في مصلحة أحد الفريقين[135]. ومفهــوم المدين هنا مفهوم واسع بحيث يشمل الدائن في الالتزام الأصلي، ونمثل على قولنا بنص المـــادة (216) مدني مصري، حيث جاء فيها: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكــم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"[136]. وبما أن الدائن، إذا ما أسهم بخطئه يتحمل بالمسؤولية، وبالتالي تتحد ذمته في هذا المقام، يعد دائنا ومـــدينا فـــي الوقت نفسه، فلا يقتضي تعويضا من (ذاته)، وإنما يعفى المدين بنسبة خطأ الدائن، فانه –الدائن– (المساهم بالخطأ) يستطيع بصفته(مدينا لذاته)، أن يحمل المدين الأصلي المسؤولية كاملـــة بـــأن يعفي نفسه من المسؤولية تجاه ذاته، بحيث يبقى المدين الأصلي مسؤولا حتى عن خطأ الـــدائن، مما يمكن اعتباره ضربا من الضمان.

كما يختلف التعويض الاتفاقي عن التعديل في المسؤولية في أن الأول لا يمكن الإعفـــاء منه تماما، فيما يجوز الإعفاء من الثاني تماما. ذلك أنه إذا وجد القاضي أن التعويض الاتفـــاقي مبالغا فيه، جاز له تعديله وهذا الحكم من النظام العام[137]. بينما لا يجـــوز للقاضـــي أن يعـــدل الشرط المعدل في المسؤولية. وإنما له أن يستبعده إذا كان باطلا على تفصيل نأتي عليه لاحقا.

الفرع الثاني: تمييز الشروط المعدلة للمسؤولية عن التأمين من المسؤولية

نصت المادة (747) مدني مصري على أن:" التأمين عقد يلتزم المـــؤمن بمقتضـــاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المـــال أو إيـــرادا

---

[135] المهتار، العقيد القيم طلال: **البند الجزائي في القانون المدني،** (أطروحة دكتوراة منشورة) جامعة بـــاريس للحقـــوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، 1974، ص77.

[136] نصت المادة (242) مشروع: "يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض إذا كان الدائن قد اشترك بخطئه في إحـــداث الضرر أو زاد فيه، أو لا تحكم بتعويض إذا ما استغرق خطؤه خطا المدين"

[137] نصت المادة (224) مدني مصري:" (1) لا يكون التعويض ألاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقـــه أي ضرر. (2) يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه أو أن الالتزام الأصلي قـــد نفذ في جزء منه. (3) يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين". أخذ المشروع بهذا الحكم في المـــادة (241) منه.

مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلـك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"[138].

والتأمين إما يكون تأميناً على الأشخاص، ومن صوره التأمين من المرض، والتأمين من الإصابات، وتأمين الزوج والأولاد، وقد يكون تأميناً على الحياة الخاصة أو على حياة الغير، وقد يكون تأمينا من الأضرار[139]. كما أن التأمين قد يكون من المسؤولية، وهي الحالة التـي يثـور التشابه بينها وبين اتفاقات المسؤولية.

ويقصد بالتأمين من المسؤولية، بأنه عقد بموجبه يؤمن المؤمن المؤمن له من الأضـرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية[140]، وهذا التأمين قسم من أقسام التأمين لا يختلف في طبيعته عن سائر عقود التأمين فهو تأمين من الأضرار، ويختلف عن التـأمين علـى الأشخاص في أن الأخير يضمن الإصابات التي تصيب المؤمن له بواسطة الغير، فيما التـأمين من المسؤولية يضمن الإصابات التي تصيب الغير بواسطة المؤمن له[141].

ونظرا إلى أن التأمين من المسؤولية يشتبه بالاتفاق المشدد للمسؤولية لدرجة أن البعض وصفه بأنه–التشديد في المسؤولية– صورة من صوره، بل هو ذاته، لذا، سأدرسه في هذا المقام لتمييزه عن اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، ونرجئ الحـديث عـن أوجـه الشـبه والاختلاف بين اتفاقات التشديد وبين التأمين من المسؤولية إلى الفصل الثالث، أي عند الحـديث عن الشرط (الاتفاق) المشدد في المسؤولية.

وتتشابه اتفاقات الإعفاء من المسؤولية مع التأمين من المسؤولية فـي أنـه فـي كـلا النظامين لا يدفع المسؤول تعويضا للمضرور، لأن غيره –المؤمن في حالة التـأمين– سـيدفع

---

(138) الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص650وما بعدها.

(139) في تفصيل ذلك: السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد الأول، عقود الغرر،بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964، ص1376 وما بعدها.

(140) واصف، سعد: التأمين من المسؤولية، (رسالة دكتوراة جامعة القاهرة)، 1958، ص16، مشار إليه فـي: حجـازي، مصطفى احمد عبد الجواد: المسؤولية المدنية للخبير القضائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص138.

(141) السنهوري، الوسيط، ج7، مرجع سابق، ص1642.

للمضرور، فيما لن يدفع في حالة شرط الإعفاء لأن المضرور يكون قد أعفاه[142]. وكما تتشابه في هذه الحالة مع اتفاقات الإعفاء تتشابه أيضا مع اتفاقات التخفيف، حيث يمكن الاتفاق على أن تقتصر مسؤولة شركة التأمين على تغطية مبلغ معين وما زاد في مسؤولية المؤمن له يغطيه هذا الأخير[143].

وكما لا يجوز التأمين من المسئولية في حالة الخطأ العمد لأن هذا يجعل تحقق الخطــر متعلقا بمحض إرادة المؤمن له[144]، كذلك لا يجوز الاتفاق على الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة الخطأ العمد.

و**يختلف** النظامان في أنه في التأمين من المسؤولية تدفع شــركة التــأمين للمضـــرور، فالتأمين يؤكد المسؤولية لا ينفيها[145]. فيما يهدف شرط الإعفاء إلى براءة ذمة المســؤول فـــي مواجهة المضرور[146].

كما يختلفان في أن التأمين من المسؤولية جائز في كلا المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، أما الإعفاء من المسؤولية فلا يجوز إلا في المسؤولية العقدية لأن المسؤولية التقصيرية تعد مـــن النظام العام[147].

كما يرى –البعض– أن النظامين يختلفا في أن عقد التأمين هو عقد احتمالي، بينما يتحدد مركز العاقدين في شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية عند التعاقد[148]. هذا القول إن صـــح في ظاهره فهو ليس كذلك في حقيقته، ذلك انه حتى في ظل شروط الإعفاء نجـــد أن المتعاقـــد (الدائن) لن يعرف مركزه المالي الحقيقي، ونقول أن (الدائن) في ظل عدم وجود شرط الإعفـــاء أو التخفيف يعرف مركزه المالي –ولو نسبيا– بحيث أن الخسائر التي ستلحقه جراء عدم التنفيذ

---

(142) المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص349.

(143) الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص651.

(144) حجازي، مصطفى: المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص139.

(145) السنهوري، الوسيط، ج7، مرجع سابق، ص1643.

(146) المهدي، نزيه محمد الصادق: **عقد التأمين**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص50.

(147) العطار، عبد الناصر: مصادر الالتزام، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص291.

(148) واصف، سعد: مرجع سابق، ص35.

أو التنفيذ المعيب للعقد سيتم تعويضها من قبل المدين، وبالتالي سيكون لدى الدائن تصور ما لما قد يؤول إليه وضعه الذي يتسم نسبيا بالاستقرار، أما في ظل وجود الشرط المعفي، فان الـــدائن يبقى عرضة لخطأ يصدر عن المدين هو خطأ معفي منه أو مخفف، لذا لن يكون في اســـتطاعة الدائن معرفة وضعه ومركزه المالي إلا بعد تمام تنفيذ العقد. وعليـــه أرى أن المركـــز المـــالي للأطراف في الحالين، يبقى احتماليا ورهنا لوقوع الحادث الذي يفعّل النظام القانوني.

كما يختلف النظامان –حسب وجهة نظر بعض الفقهاء– في أن نظام التأمين يعد دائمـــا من عقود الإذعان، فيما لا يكون شرط الإعفاء أو التخفيف من عقود الإذعان دائما[(149)]. وإذ اتفق مع هذه النظرة، إلا أنني أرى بأنه ليست كل عقود التأمين تعد من عقود الإذعان، خاصـــة فـــي التأمين الإجباري، الذي ينظمه المشرع مباشرة ولا يكون للأفراد مطلق الحريـــة فـــي وضـــع شروطه، ومثاله التأمين من المسؤولية عن حوادث الطرق[(150)].

المطلب الثالث: آثار صحة وبطلان الشرط من حيث الأشخاص

تقضي القاعدة العامة في العقود، أنه لا يجوز الاحتجاج بالعقد إلا في مواجهة أطرافـــه، وهو ما يعرف بنسبية آثار العقد. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فهناك أحوال يحتج فيها على الغير بما ورد في عقد لم يكن هذا الأخير طرفا فيه، وفي هذا المطلب ادرس هذه المسائل علـــى النحو التالي.

الفرع الأول: عدم جواز الاحتجاج إلا على العاقد الذي قبل الشرط المعفي

كما أن للعقد قوة ملزمة من حيث موضوعه، وتتمثل في الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد، فان له قوة ملزمة أيضا من حيث أشخاصه، إذ أن المتعاقدين يلتزمان بالعقد الذي ابرمـــاه دون غيرهما وهو ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد فهو ينتج أثره بالنسبة لعاقديه[(151)]. وقد جـــاء في قرار لمحكمة استئناف الضفة الغربية بهذا الصدد:" إن الشخص لا يعتبر ملزما بشيء قبـــل

---

(149) المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق،ص350.

(150) في تفصيل ذلك: الدناصوري وآخر، مرجع سابق، ص677 وما بعدها.

(151) منصور، امجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام**،دون مكان، دون ناشر، 2001، ص183.

شخص آخر إلا في حالتين 1-عندما تنشأ علاقة تعاقدية بين الطرفين. 2-عندما يرد نص في القانون يوجب الإلزام لفعل قام به أحد الطرفين تجاه الآخر"[152].

ولا تقتصر آثار العقد على العاقدين بذاتهما، بل تمتد كذلك إلى خلفائهما، إذ أن المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب وإنما يمثل أيضا خلفاءه[153]. ويراد بخلفاء المتعاقد؛ الخلف العام والخلف الخاص.

أولا:الخلف العام

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء شائع منها كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة[154]. وقد نصت المادة (145) من القانون المدني المصري على أنه:" ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"[155].

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف[156]. وبموجب هذا الحكم ينصرف أثر الشرط المعدل في المسؤولية بحق الخلف العام.

إلا أن هذه القاعدة لا تسري في كل العقود، ففي الصورية يسري العقد الحقيقي بحق الخلف العام دون العقد الصوري. فقد جاء في المادة (245) مدني مصري:" إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"[157]. فإذا

---

(152) استئناف رقم85/521 بتاريخ 1986/02/27منشور في:عواد، نصري إبراهيم: مجموعة المبادىء القانونية الصادرة عن محكمة الإستئناف في القضايا الحقوقية لعام 1985، ص119 وما بعدها.

(153) فرج، مرجع سابق، ص312.

(154) احمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص151.

(155) نفس الحكم ورد في المادة(152) من المشروع.

(156) فودة، عبد الحكم: **النسبية والغيرية في القانون المدني**، سوتير، دار الفكر الجامعي، 1996، ص8. بنفس المعنى: مذكرة المادة (152) من المشروع.

(157) نص المشروع على هذا الحكم في المادة (257) منه.

ورد الشرط المعدل في العقد الصوري أو كان شرط التعديل ذاته صوريا، فان هذا الشرط لا يسري بحق الخلف العام.

كما لا تسري آثار العقد بحق الخلف العام في ثلاث حالات ذكرها نص المادة (145) مدني مصري المشار إليه ومقابله في المشروع، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: هي اتفاق الطرفين في العقد على انصراف آثار العقد إليهما دون ورثتهما، كاتفاق الطرفين في عقد الوعد بالبيع والشراء على انقضاء الوعد عند وفاة أي منهما[158].

الحالة الثانية: طبيعة العقد أحيانا تقتضي عدم انصراف آثاره إلى الخلف العام. مثاله الاتفاق مع فنان على رسم لوحة فإذا توفي الفنان فلا ينتقل أثر العقد إلى خلفائه لأن طبيعة العقد تأبى ذلك[159].

الحالة الثالثة: إذا كان هناك نص قانوني يقضي بألا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام، مثال ذلك؛ عقد الوكالة الذي ينقضي بموت الموكل أو الوكيل (المادة 714 مدني مصري)[160]. ما لم يتعلق بها حق الغير[161]. وحق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع (المادة 1/993 مدني مصري)[162]. كما ينقضي عقد الشركة بموت أحد الشركاء (المادة 1/528 مدني مصري)[163]. والقاسم المشترك بين كل الاستثناءات هو أن العلاقة القانونية بين السلف وبين المتعاقد معه في هذه العقود علاقة شخصية بحتة[164]. وفي هذه الحالات لا يرتب الشرط المعدل للمسؤولية أثره في

---

(158) دواس، أمين: مرجع سابق، ص175.

(159) القاسم، هشام: **محاضرات في القانون المدني**، دمشق، جامعة دمشق، دون سنة، ص167. فودة، النسبية والغيرية، مرجع سابق، ص10.

(160) يقابلها المادة (3/823و4) من المشروع.

(161) نصت المادة (1527) من مجلة الأحكام ألعدلية على أنه:" ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن إذا تعلق به حق الغير لا ينعزل".

(162) يقابلها المادة (1136/ب) من المشروع.

(163) يقابلها المادة (1/568) من المشروع.

(164) دواس، أمين: مرجع سابق، ص176.

مواجهة الخلف العام. لكن ما الحكم إذا قصد السلف من وراء الشرط المعدل التبرع، وذلك إضرارا بورثته؟

في ذلك يقول الأستاذ فتحي الدريني: "من أوصى بما زاد على الثلث، يعتبر مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق، فهو إذن متعدٍ لا متعسف. أما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة على هذا القصد، اعتبر متعسفاً، لأن أصل الفعل مشروع لاستناده إلى حق ثابت له في الشرع، لحكمة قصدها الشارع في تقريره لهذا الحق له، ولكن استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة، بل للإضرار بالورثة، وهو ممنوع إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"[165]. على أنه في هذه الحالة يعد الخلف من الغير فلا ينفذ التصرف في مواجهته. كما لا يرتب التصرف (البيع) أثره في مواجهة الخلف العام إذا صدر في مرض الموت، وزاد عن ثلث التركة لأحد ورثته أو لأجنبي عنه، ففي هذه الحالة يعتبر الوارث غيرا لهذا البيع، ولا يكون في هذه الحالة نافذا في مواجهته[166].

وتجدر الإشارة إلى انه يوجد فرق بين ترتيب العقد آثارا في حق الخلف، وبين الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير.

ذلك أن مبدأ الاحتجاج في مواجهة الغير يعني التمسك بالعقد في مواجهة شخص لم يكن طرفا فيه فلا يكتسب منه حقا، ولا يلتزم بمقتضاه بأي التزام. إلا أن هذا الغير لا يمكنه أن يتجاهل وجود هذا العقد باعتباره حقيقة واقعة[167]. كاحتجاج الدائن المرتهن بوقوع الرهن على

---

[165] الدريني، فتحي: **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1977، ص47. وقد أخذ المشرع المصري بنظرية التعسف في استعمال الحق في المادة الخامسة من القانون المدني. كما أخذ المشروع بهذه النظرية في المادة الخامسة أيضا.

[166] فودة، النسبية والغيرية، مرجع سابق، ص11.

[167] أبو السعود، رمضان: **مصادر الالتزام**، ط3، 2003، ص245.

المبيع، في مواجهة الخلف، سواء أكان الخلف خاصا أم عامـا[168]. واحتجـاج مـدين المـدين بالدفوع التي له تجاه المدين في مواجهة الدائن في الدعوى غير المباشرة.

وكذلك فلا يجوز ترتيب التزام إضافي إذا وقع الضرر نتيجة خطآن، فإذا اشترك المدين (الذي يستفيد من شرط الإعفاء أو التخفيف) مع مدين آخر في إحداث الضرر، فلا يجوز للثـاني أن يحتج بالشرط (المعفي للمدين الأول)، في مواجهة الدائن طالبا إعفاءه من تعويض الأضـرار التي ترتبت على خطئه هو. ذلك أن الأصل في المسؤولية إذا اشترك أكثر مـن شـخص فـي إحداث الضرر في المسؤولية العقدية كان كل منهم مسؤول بقدر خطئه[169]. ويكونون متضامنين في المسؤولية التقصيرية (المادة 169 مدني مصري)[170]. وعليه فان للدائن أن يرجـع علـى المدين الثاني بحصته من التعويض، بمقدار ما أحدثه من ضرر.

ثانيا: الخلف الخاص

كما يرتب العقد آثاره في مواجهة الخلف الخاص، ويقصد بالخلف الخـاص، هـو مـن يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، أو هو من يتلقى عن سلفه ملكيـة شيء مادي أو معنوي أو حقا عينيا على ذلك الشيء[171]. كالمشتري يخلف البائع فـي المبيـع، والموصى له بعين معينة في التركة يخلف فيها الموصي، والمنتفع يخلـف المالـك فـي حـق الانتفاع[172].

---

[168] نصت المادة (734) من مجلة الأحكام العدلية بأنه:" إذا توفي الراهن وكان ورثته كبارا قاموا مقامه ووجـب علـيهم أداء الدين تماما من التركة وتخليص الرهن..."

[169] يستفاد هذا الحكم في المسؤولية العقدية من نصوص المواد: المادة (215) مدني مصري، التي جاء فيها:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الالتزام" والمادة (216) مدني مصري، حيث جاء فيها:" يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضـرر أو زاد فيه". تقابل المادة (215) المادة (237) من المشروع. وتقابل المادة (216) المادة (242) من المشروع.

[170] تقابلها المادة (185) من المشروع.

[171] القاسم، هشام: مرجع سابق، ص168.

[172] احمد، محمد شريف: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص152.

وقد جاء في المادة (146) مدني مصري:" إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"[173].

يتبين من النص أن اثر العقد الذي يتصل بشيء انتقل إلى خلف خاص ينتقل إلى هذا الخلف إذا توافرت شروط ثلاثة، هي:

الشرط الأول: أن يكون تاريخ العقد الذي أنشأ التزامات للغير سابقا على تاريخ انتقال ملكية الشيء إلى الخلف الخاص أو لأي حق آخر عليه[174]. فإذا كان العقد لاحقا على انتقال المال للخلف الخاص فلا شان للأخير به[175]. فلو قام بائع العقار بتأجيره بعد بيعه للمشتري فلا اثر لهذا العقد في مواجهة المشتري.

الشرط الثاني: أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص. وهي تعد كذلك إذا كانت مكملة أو محددة كما يقول الأستاذ السنهوري[176]. والحقوق المكملة للشيء كالحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء كالارتفاق، فالخلف يتلقى العين متمتعة بهذا الحق[177]. كذلك تنتقل التأمينات لأنها تحفظ الشيء وتقويه. كما تنتقل الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء الضرر عن الشيء، كالتأمين ضد الحريق[178]. فإذا لم يكن الحق مكملا له على النحو السابق، فلا ينتقل إلى الخلف الخاص، فمثلا لا يلتزم مشتري السيارة بالعقد الذي كان يلتزم به بائعها بإيداع السيارة في جراج معين[179]. وكذلك تنتقل الالتزامات المحددة للشيء أي التي تضع قيودا على استعماله، أو تحد من سلطات المالك عليه،

---

[173] جاء المشروع بحكم مطابق في المادة (153) منه.
[174] دواس، أمين: مرجع سابق، ص178.
[175] منصور، أمجد: النظرية العامة، مرجع سابق، ص189.
[176] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص549-553.
[177] احمد، محمد شريف: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص153.
[178] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص550.
[179] منصور، امجد: النظرية العامة، مرجع سابق، ص187-188.

وهي الحقوق العينية المقررة على الشئ كالرهن، وحقوق الارتفاق، أو عدم تجاوز حد معين لتعلية البناء.... وقد يقرر القانون التزامات تعد من مستلزمات الشئ مثل تقرير انصراف آثار عقد الإيجار الصادرة من السلف في مواجهة الخلف الخاص[180].

الشرط الثالث: أن يكون الخلف على علم بالحقوق الناشئة عن العقد وقت انتقال الشيء إليه. ويجب أن يكون علمه حقيقيا، لا مجرد استطاعة العلم[181]، لأن انتقال الحقوق الشخصية وكذلك الالتزامات من شخص إلى آخر لا يصح إلا بعلمه، حتى يترتب على هذا العلم افتراض القبول[182].

وتطبق هذه الشروط تطبيقا جامعا[183]، وهذا واضح من صياغة النص، فلا يكفي توفر شرط دون آخر.

وعليه، فإذا ورد شرط في عقد بين البائع والسلف يتضمن شرط إعفاء البائع من مسؤوليته الناشئة عن ضمان العيوب مثلا، وكان الخلف قد علم به وقت انتقال المبيع إليه، فلا حق له بالرجوع على البائع بدعوى تعويضات، إلا على أساس المسؤولية التقصيرية عند من يأخذون بالخيرة بين المسؤوليتين، حيث انه –الخلف– لا يستطيع بموجب العقد أن يرجع على البائع، لأنه–الخلف– قَبِلَ الشرط عند علمه به ومع ذلك وافق على إجراء التصرف محملا بهذا الشرط، وهنا لا يرجع على البائع بصفته خلف ذلك أن الشرط يسري بحقه، فلا يرجع إلا على أساس المسؤولية التقصيرية عند من يأخذون بالخيرة. أما إذا لم يكن –الخلف– عالما بالشرط، فانه يستطيع مطالبة البائع بالتعويضات بصفته خلفاً لكن لا يسري الشرط بحقه، وبالطبع يستطيع أن يرجع على السلف بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، ذلك أن شرط الإعفاء لا يسري في علاقته بالسلف.

---

(180) المذكرة الإيضاحية للمادة (153) من المشروع، ص173.

(181) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص553.

(182) احمد، محمد شريف: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص188.

(183) دواس، أمين: مرجع سابق، ص179.

بناء على ما تقدم أقول: إنه إذا اعتبرنا الخلف العام أو الخاص من الغير، فلا مجال لسريان الشرط المعدل في مواجهتهم.

وتقضي القاعدة العامة بعدم سريان الشرط المعدل في مواجهة الغير، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن:" المسئولية العقدية عن تعويض الضرر الذي تسبب عن خطأ المدين متى تحققت لا ترتفع عن هذا المدين بإقرار الغير بتحمل هذه المسئولية منه ما دام الدائن المضرور لم يقبل ذلك ولم يكن طرفاً في الورقة التي أقر فيها الغير بتحمل تلك المسئولية. ولا يعتبر هذا الإقرار من الغير اتفاقا على الإعفاء من المسئولية مما تجيزه المادة 217 من القانون المدني، لأن الاتفاق الذي تعنيه هذه المادة هو الإتفاق الذي يحصل بين الدائن المضرور و بين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسئولية الواردة في القانون، إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً. أما حيث يتفق المسئول مع الغير ليتحمل عنه المسئولية دون دخل للمضرور في هذا الاتفاق، فإن هذا يكون إتفاقا عل ضمان المسئولية، لا يؤثر على حق المضرور في الرجوع على المسئول الأصلي ولا ينتقص من هذا الحق"[184].

إلا أن هناك أحوالاً ضيقة يرتب فيها العقد أثرا في مواجهة الغير، أدرسها في الفرع التالي.

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على عدم جواز الاحتجاج بالشرط على الغير

الأصل أن آثار العقد لا تمتد إلى الغير فلا تكسبهم حقوقا ولا ترتب عليهم التزامات، إلا انه توجد حالات معينة يمتد فيها أثر العقد إلى الغير، حالة منها يمتد فيها العقد إلى دائني المتعاقد، وحالة تتعلق بنظام الاشتراط لمصلحة الغير، وحالة تتعلق بالخطأ المشترك، أدرسها تباعا.

أولا: الدعوى المباشرة

تعد الدعوى المباشرة من الضمانات التي للدائن قبل مدينه ونص عليها القانون بنصوص

[184] الفقرة الأولى من الطعن رقم 0161 لسنة 34 بتاريخ 04 / 04 / 1968 سنة المكتب الفني 19.

متفرقة، وهي وسيلة قانونية تسمح للدائن العادي أن يسعى مباشرة باسمه شخصيا إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين[185]. ويصبح بموجبها الدائن صاحب امتياز على الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين ليستوفي حقه منه[186].

وهي تعد خروجا على قاعدة نسبية آثار العقد، فالأصل أن العقد لا يسري إلا بين أطرافه، إلا أنه في الدعوى المباشرة، يسري أثر العقد لمصلحة الدائن في مواجهة مدين المدين[187].

وأرى، أنه في الأحوال التي نص فيها القانون على هذه الضمانة –من الضمانات غير المسماة– لا يجوز لمدين المدين أن يحتج بالشرط المعدل في مواجهة الدائن. ذلك أن الأثر المترتب لمصلحة الدائن هو أثر مصدره القانون، فلا يستطيع مدين المدين التخلص من وفائه، إلا إذا اتفق مع المدين والدائن على السواء على شرط الإعفاء أو التخفيف، أما إذا اتفق مع المدين وحده، فبتقديري أنه يجوز للدائن أن يرجع عليه بدعوى المسؤولية، رغم وجود الشرط. وأدرس حالات الدعوى غير المباشرة باقتضاب كما يلي:

أ– نصت المادة (1/596) مدني مصري، على أنه:" يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر". يلاحظ أن النص جاء آمرا ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يحتج بوجود شرط إعفاء في العقد بينه وبين المستأجر، فمسؤولية المستأجر من الباطن تقوم إذا اخل بهذا الالتزام تجاه المؤجر حتى في ظل وجود الشرط، خاصة وأن علاقة المؤجر بالمستأجر مصدرها نص القانون وليس العقد.

وقد جاء نص المادة (651) من المشروع، أكثر دلالة بهذا الخصوص، فقد نصت على أنه: "يلتزم المستأجر من الباطن بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر

[185] سعد، نبيل إبراهيم: **الضمانات غير المسماة**، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000، ص21.

[186] الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام**، ط5، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص89–90.

[187] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام–الإثبات –آثار الالتزام**، بيروت، دار إحياء التراث، 1964، ص979.

الأصلي من وقت أن ينذره المؤجر، ولا يجوز له أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد تم الاتفاق عليه مع المستأجر الأصلي".

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص: "...كما يجوز للمستأجر من الباطن أن يدفع دعوى المؤجر غير المباشرة بكل الدفوع التي كانت في امكان المستأجر من الباطن باسم المستأجر الأصلي، كما لا يجوز لدائني المؤجر حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المستأجر من الباطن لانعدام العلاقة بينهما، الأمر الذي اقتضى الخروج عن هذا الأصل، وذلك بتقرير دعوى مباشرة للمؤجر قبل المستأجر من الباطن يحميه من هذا الوضع السابق"[188].

وعليه فلا مجال في الدعوى المباشرة أن يتمسك المستأجر من الباطن بالشروط التي اتفق عليها مع المستأجر في مواجهة المؤجر.

ب-نص المادة (1/662) مدني مصري، الذي جاء فيه:" يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل"[189].

وأرى أن الشرط المعدل لا يسري بحق عمال المقاول وعمال المقاول من الباطن، تجاه صاحب العمل والمقاول الأصلي (بحسب الأحوال)، ولا يسري بحق المقاولين من الباطن تجاه صاحب العمل. ويبقى لهم الرجوع عليهم بدعوى المسؤولية -بحسب القواعد العامة- حتى في ظل وجود الشرط.

ج- نص المادة (807) مدني مصري، حيث جاء فيها:"(1) إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسؤولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية. (2) أما إذا

---

(188) المذكرات الإيضاحية للمشروع، مرجع سابق،ص699-700.

(189) جاء المشروع في المادة (1/757) بصياغة مطابقة لولا استعمال تعبير (صاحب العمل) بدلا من تعبير (رب العمل) الواردة في المدني المصري.

رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فان الوكيل لا يكون مسـؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات.(3) ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر"[190].

وبما أن الفقرة الثالثة أجازت لكل من الموكل ونائب الوكيل، رجوع كل منهما على الآخر مباشرة، فلا يتصور، أن تسري في مواجهة كل منهما دفوع كل منهما تجاه الوكيل، ذلك أن حق رجوعهما كل تجاه الآخر مصدره القانون، وما العقد المبرم بين الوكيل والنائب من جهة، وبين الوكيل والموكل من جهة ثانية، إلا محرك لهذه العلاقة التي تخضع أساسا للقواعد العامة في العقود، وفي عقد الوكالة تحديدا. وهذا القول يصح فيما يخص الفقرة الأولى من المادة المذكورة إطلاقا، وينطبق على اتفاقات الإعفاء من المسؤولية فيها، إلا أنه يراعى في الفقرة الثانية الاتفاق المبرم بين الموكل والوكيل، فإذا كان هناك ترخيص للوكيل بإقامة نائب له، وكان الترخيص يسمح صراحة بإعفاء المناب، أو تخفيف، أو تشديد المسؤولية، فيسري الشرط بحق الموكل بموجب القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، أما إذا كان الاتفاق لا يجيز صراحة أو ضمنا مثل هذا الإعفاء للمناب فلا يسري الاتفاق على التعديل في مواجهة الموكل. وبالمقابل إذا كان الاتفاق يقضي بإعفاء الموكل تجاه المناب، فيسري الشرط بحق المناب إذا قبله، أما إذا كان الاتفاق على الإعفاء قد تم بين الموكل والوكيل لإعفاء الأول من المسؤولية فلا يسري هذا الشرط بحق المناب.

وأساس ذلك، هو أن الدعوى المباشرة تختلف عن الدعوى غير المباشرة[191]، ففي الأولى ليس لمدين المدين التمسك بالدفوع التي كان يمكنه أن يتمسك بها تجاه المدين، فيكون مسؤولا تجاه الدائن مباشرة، وإنما لمدين المدين أن يتمسك في الدفوع التي له تجاه الدائن

---

[190] بنفس الحكم أخذ نص المادة (808) من المشروع.

[191] جاء في المادة (1/235) مدني مصري:" لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز". وقد أخذ المشروع بنفس النص في المادة (1/247) منه.

مباشرة، وكذلك الدفوع التي للمدين تجاه الدائن. أما في الدعوى غير المباشرة فمـــدين المـــدين يستطيع التمسك بالدفوع التي له تجاه المدين في مواجهة الدائن[192].

وأرى، أنه ورغم وجود عقد، إلا أنه كقاعدة عامة لا يجوز الاحتجاج بما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين في مواجهة هذا الغير الذي ترتبت له الحقوق بحكم القانون، وأرى أن الدفوع التي يمكن التمسك بها في مواجهة هذا الغير، هي فقط الدفوع القانونية وليس الدفوع التي مصـــدرها العقد، ومن ذلك الشروط المعدلة في المسؤولية.

ثانيا: الاشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير التزام أحد طرفي العقد، وهو المتعهد، تجـــاه الطـــرف الآخر، وهو المشترط، بأن يكسب شخصا من الغير حقا مباشرا، هو المنتفع[193].

ومن الأمثلة التي تندرج تحت هذا النظام القانوني؛ أن يهـــب شـــخص عقـــارا لآخـــر، ويشترط عليه أداء مرتب مدى حياته لشخص آخر[194]. ومن أهم تطبيقات الاشتراط لمصـــلحة الغير عقود التأمين على اختلاف أنواعها، كعقود التأمين على الحياة، وفيهـــا يتعاقـــد المســـتأمن لمصلحة وارث معين بالذات أو لمصلحة ورثته جميعا، وفي الحالتين يكون للمنتفع حق مباشـــر قبل شركة التأمين للمطالبة بمبلغ التأمين في حال تحقق الشرط[195].

وما يهمنا في هذا النظام القانوني الذي يعد خروجا حقيقيا على نسبية آثار العقد[196]، هو أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهـــة المشترط. وفي ذلك تقول المادة (2/154) مدني مصري: "ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب

---

(192) السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص992.

(193) دواس، أمين: مرجع سابق، ص185.

(194) سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص212.

(195) في مزيد من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير يمكن الرجوع إلى: السرحان وآخر، مرجع ســـابق، ص282–283. دواس، أمين: مرجع سابق، ص185–186. سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص212. فودة، النســـبية والغيريـــة، مرجع سابق، ص319

(196) المذكرات الإيضاحية للمشروع، مرجع سابق، ص176.

الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد"[197]. يتضح مما سلف، أن المتعهد يستطيع أن يتمسك بالدفوع التي كان له التمسك بها بموجب العقد في مواجهة المنتفع، وعليه، فان المتعهد يستطيع التمسك بالشرط المعدل للمسؤولية قبل المنتفع.

ثالثا: الخطأ المشترك

قد يشترك شخص مع الغير في ارتكاب الخطأ التعاقدي مع المدين، فيترتب على الإخلال بالعقد دعويان: دعوى عقدية تقتصر على الجزء المسؤول عنه المدين، ضد المدين لإخلاله بالعقد، ودعوى تقصيرية ضد الغير لاعتدائه على الحق الناشئ عنه والذي يعتبر فعلا غير مشروع[198].

وفي هذا الحالة يستطيع الدائن أن يرجع على أي منهما بكامل التعويض- بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية- وهو ما نصت عليه المادة (169) مدني مصري، التي جاء فيها:" إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر. وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم بالتعويض"[199].

وعليه، فان رجوع الدائن على المدين (غير المتعاقد الذي لا يستفيد من الشرط المعدل)، يؤدي إلى مسؤوليته عن تعويض الضرر كاملا. إلا أنه يجوز لهذا الأخير أن يرجع بما أداه على المدين الآخر. وهنا تثور مشكلة رجوع المدين الذي أدى التعويضات على المدين الآخر الذي يستفيد من شرط الإعفاء أو الشرط المخفف.

يرى أحد الشراح، أنه ليس لمن أحدث ضررا على النحو السابق، أن يرجع على المدين

---

[197] أخذ المشروع بهذا الحكم بنص المادة (156) منه.

[198] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق،ص215. المحاقري، اسماعيل: مرجع سابق، ص461.

[199] وبنفس الحكم أخذ المشروع في المادة (185) التي جاء فيها: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار التزم كل منهم في مواجهة المضرور لتعويض كل الضرر، ويتوزع غرم المسؤولية بينهم بقدر دور ل منهم في إحداث الضرر، فان تعذر تحديد هذا الدور وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي".

الآخر لأن الأخير سيحتج عليه ببند الإعفاء أو التخفيف. وهذا حاله في حالة كان المسؤول معه بإحداث الضرر شخصا مجهولا أو معسرا[200].

فيما يرى آخر، أنه ليس للمدين الآخر الاحتجاج بشرط الإعفاء في مواجهة الأول، لأنه –المدين الذي يستفيد من الشرط–غير معسر وغير مجهول. كما أنه ليس من العدل مخالفة نسبية آثار شرط الإعفاء[201]. ويذهب الشراح إلى أنه لمن دفع التعويض أن يرجع على الآخر بنصيبه، دون أن يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الرجوع ببند إعفاء أو تخفيف اشترطه على الدائن، لأن الموفي أجنبي أصلا عن العقد الذي يتضمنه[202].

وأرى أنه من حق الذي دفع التعويض الرجوع على المدين الآخر، ولا يجوز للمدين الآخر أن يحتج في مواجهة الذي أوفى التعويض، بالشرط المعفي، رغم أن مسؤوليته تجاه المضرور لم تتحقق، ذلك أن تفعيل الشرط في مواجهة الغير خروجا على آثار العقد يخالف القانون. إلا أن في هذا الرجوع خروجا على مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، وهو خروج مبرر، ومصدره القانون. إلا أنه من الناحية العملية يستطيع المدين الآخر أن يتمسك بالشرط قبل المدين الذي أدى التعويضات، عبر اللجوء إلى طلب إدخال الدائن في الدعوى[203]. وذلك لوجود الارتباط بين الطلب الموجه إلى الغير والدعوى الأصلية[204] المرفوعة ضد المدين الذي يستفيد من شرط الإعفاء. وعليه، فيلتزم الدائن برد القسط من التعويضات التي تلقاها بما

---

(200) المحاقري، اسماعيل: مرجع سابق، ص462.

(201) يحيى، ياسين: مرجع سابق، ص170.

(202) زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص149. المحاقري، اسماعيل: مرجع سابق، ص463.

(203) نصت المادة (1/82) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم2 لسنة 2001، حيث جاء في المادة المذكورة:" للمحكمة .... ولها ولو من تلقاء نفسها أن تدخل في الدعوى من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة".

(204) القضاة، مفلح عواد: **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن**، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1992، ص253 وما بعدها.

يساوي حصة المدين الذي يستفيد من الشرط، على أساس قبض غير المستحق، لأن سبب الالتزام لم يتحقق[205].

لكن ما هو الحل إذا رجع الدائن على المدين الذي يستفيد من شرط الإعفاء بكل التعويض؟ يرى أحد الشراح أنه يجوز أن يرجع الدائن على من يستفيد من الشرط بكل التعويضات[206]. وأرى أنه لا وجاهة لهذا الرأي-مع الاحترام- وذلك لأن المستفيد من الشرط سيدفع بوجود الشرط، ويترتب على ذلك أن لا تكون عليه مسؤولية، ذلك أن مسؤوليته غير متحققة باتفاق الطرفين، وهو اتفاق جائز، فلما كان ذلك على هذا النحو فان رجوع الدائن عليه يكون غير ذي جدوى، لأنه -المدين المعفي- سيدفع بأنه غير مسؤول بالشرط، ذلك أن الاتفاق يعفيه من المسؤولية، فكيف تتصور مسؤوليته التضامنية إن لم تكن أصلا مسؤولية فردية؟.

المطلب الرابع: أثر بطلان الشرط المعدل على العقد

قد يكون الشرط المعدل الوارد في العقد أو في اتفاق منفصل باطل، وهنا تثور مشكلة تأثيره على العقد. وأدرس هذه المشكلة من خلال فرضين: الفرض الأول: أن يمس البطلان كل الشرط، أي يكون الشرط المعدل باطلا بكليته. والفرض الثاني: أن يكون الشرط ليس باطلا بكليته، كأن يشترط الإعفاء من المسؤولية ككل بما فيها الخطأ الجسيم أو الغش الذي يصدر عن المدين. وأدرس هذين الفرضين تباعا في فرعين.

الفرع الأول: بطلان الشرط بطلانا كاملا

يعد شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من شروط التقييد، ويقصد بشروط التقييد؛ تلك الشروط والقيود التي يدرجها المتعاقدون في اتفاقاتهم وتصرفاتهم القانونية، والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر، لذلك تأخذ هذه الشروط شكل بنود التعاقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على احد طرفي التصرف، أو على

---

[205] نصت المادة (1/181) مدني مصري على انه: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده" يطابق نص المادة (1/201) من المشروع.

[206] أبو سعد، محمد شتا: **الخطأ المشترك**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون سنة، ص145.

كليهما[207]. فهي لا تعد شروطا بالمعنى الفني الدقيق باعتباره وصفا للرضاء والالتزام، ولكنه مجرد بند من بنود التصرف القانوني يتسم بالتبعية أو الثانوية بالنسبة للعقد الذي يدرج به، فهو ليس ركناً جوهرياً في العقد الذي يدرج به[208]، فهي أمور زائدة على أصل التصرف[209].

وإذا مس البطلان هذا الشرط، فان الشرط وحده هو الذي يبطل، ما لم يكن الشرط جوهريا في قصد التعاقدين، أي كان هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والتصرف معا[210]. وفي ذلك تقول المادة (143) مدني مصري:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"[211].

وعلة إبطال العقد في الحالة الأخيرة، ترجع إلى أن الشرط إذا مثل أهمية خاصة لدى المتعاقد فانه يكون بمثابة السبب الباعث الدافع إلى التعاقد[212]. إلا أن الشرط المعدل لا يلعب عادة دور الشرط الباعث على التعاقد، لأن سبب العقد هو الحصول على الاداءات المتقابلة وليس على عدم المسؤولية المحتملة، أو زيادة تلك المسؤولية، إلا انه من المتصور أن يلعب مثل هذا الدور[213]. ومثال ذلك أن يرفض المتعاقد التعاقد مع احد الأشخاص لأنه رفض تضمين العقد مثل هذا الشرط، ويتعاقد مع آخر لأنه قبل به، كأن يرفض المودع أن يودع الوديعة عند احد الأشخاص لأن الأخير رفض ضمانها بغير تعد أو تقصير، فيما يقبل مودع لديه آخر بهذا الشرط، فيتعاقد المودع مع الشخص الثاني، ويرفض التعاقد مع الأول لأنه –الثاني– قبل التعاقد بهذا الشرط.

---

(207) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: *مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية*، **مجلة الحقوق**، العدد2 /1987/ الصفحات(11–135)، ص37.

(208) السيد، عادل حسن علي: **أحكام إنقاص العقد الباطل**، مكتبة زهراء الشرق، دون سنة، ص210.

(209) أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات، مرجع سابق، ص38.

(210) الشواربي، عبد الحميد: **البطلان المدني الإجرائي والموضوعي**، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون سنة، ص465–466. السيد، عادل: مرجع سابق، ص193. أبو الليل، مجال وشروط الإنقاص، مرجع سابق، ص39.

(211) أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (141) منه.

(212) المنجي، محمد: **دعوى بطلان العقود**، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف،2002، ص493.

(213) سليم، عصام أنور: **عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون**، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون سنة، ص339.

ويقع على عاتق من يدعي البطلان عبء إثبات أن الشق الباطل أو القابل للإبطال غير منفصل عن جملة التعاقد[214]، وأنه يمثل شرطا جوهريا.

وقد قررت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ في العديد من القرارات، فقضت بأنه:" يشترط لإبطال العقد في شق منه بالتطبيق للمادة 143 من القانون المدني مع بقائه قائماً في باقي أجزائه ألا يتعارض هذا الإنتقاص مع قصد العاقدين بحيث إذا تبين أن أياً منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال لابد أن يمتد إلى العقد كله و لا يقتصر على هذا الشق وحده"[215]. ومعيار قصد المتعاقدين هو معيار ذاتي في القانون المصري والمشروع[216].

الفرع الثاني: بطلان الشرط بطلانا جزئيا

في هذا الفرض يكون الشرط المعدل باطلا بطلانا جزئيا، كما لو نص الشرط على الإعفاء من كل مسؤولية تنشأ عن العقد، فدخل بموجب هذا الشرط الخطأ العمدي والجسيم، أو تم النص صراحة على الإعفاء من الضرر الجسدي الذي يصيب المتعاقد بالإضافة إلى الأضرار المادية، أو نص على مسؤولية المدين حتى إذا صدر خطأ عمدي عن الدائن، فما هو الحكم في هذا الفرض؟

أقول في ذلك، إذا نص في العقد على الإعفاء من المسؤولية العقدية دون تحديد درجتها (جسيمة أو عمدية أو يسيرة أو تافهة) فان أثر الشرط ينصرف إلى المسؤولية التي أجاز القانون الإعفاء منها. أما إذا اتفق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم أو العمدي أو الضرر الجسدي، فما الحل في هذه الحالة؟. يرى أحد الشراح أنه في هذه الحالة أمكن فصل ما يبطل وما يبقى صحيحا من التصرفات القانونية. لذلك يرون أن البطلان في هذه الحالة يجب أن

---

(214) الصدة، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، بيروت، دار النهضة العربية، 1974، ص437.

(215) الفقرة الثالثة من الطعن رقم 0011 لسنة 37 بتاريخ 21 / 04 / 1973 سنة المكتب الفني 24. والفقرة الأولى من الطعن رقم 0404 لسنة 34 بتاريخ 16 / 05 / 1968 سنة المكتب الفني 19. الفقرة الأولى من الطعن رقم 0711 لسنة 47 بتاريخ 10 / 02 / 1981 سنة المكتب الفني 32

(216) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص153.

يقتصر على آثار الشرط في مجال المسؤولية المترتبة على الخطئين الجسيم و العمد[217]. وهــذا الرأي يتماشى مع نص المادة (143) مدني مصري ومقابلها في المشروع. ذلك أن هذه النظرية تتسم بالمرونة من جهة، ومن جهة ثانية ليس من السهل إبطال العقد فــذلك يثيــر العديــد مــن الإشكالات التي -غالبا- يكون الأطراف في غنى عنها.

وعليه، فانه في حالة اشتراط الإعفاء من الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإعفاء عــن الأضرار الجسدية، ينظر؛ فإذا كان الشرط قد تضمن فيما تضمن الإعفاء من الخطئين الجســيم والعمد والضرر الجسدي إلى جانب الخطأ اليسير، فهنا ينتقص الشرط إلى الدرجة اليسيرة دون غيرها من الخطأ. أما إذا كان الشرط يقتصر على الإعفاء في احد الحالات أو كلها مخالفا بــذلك القاعدة العامة في عدم الجواز، فان الشرط يبطل بكليته لأنه انصب على نوع من الخطأ يخــالف القانون.

وكذلك يكون الحال إذا شددت مسؤولية المدين إلى درجة تشمل خطأ الدائن العمدي، فان الشرط ينتقص ليشمل ضمان الأخطاء غير العمدية فقط.

---

(217) أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات، مرجع سابق، ص86.

الفصل الأول

شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

الفصل الأول

شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

شرط الإعفاء من المسؤولية، وكما عرفته، هو الشرط الذي يؤدي إلى رفع المسؤولية عن المدين، حيث لا يعد المدين بموجبه مسؤولا في حين أنه يكون مسؤولا بموجب القواعد العامة. وقد خصصت هذا الفصل للبحث في هذا الشرط الذي أدرسه في ثلاثة مباحث، خصصت أولها لجواز الشرط، وثانيها للتطبيقات القانونية للشرط، والقيود التي ترد عليه، وثالثها لآثار الشرط المعفي الصحيح من حيث الموضوع.

المبحث الأول: جواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية

سأدرس في هذا المبحث صحة الشرط المعفي من الخطأ الشخصي للمتعاقد، في مطلب أول، ثم أدرس جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية في حالتي الغش والخطأ الجسيم في مطلب ثان، ثم أدرس ألإعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير في مطلب ثالث. ويعود هذا التقسيم إلى اختلاف الحكم في كل حالة من الحالات الثلاث.

المطلب الأول: صحة الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية للمتعاقد

أدرس في هذا المطلب جواز الإعفاء من المسؤولية بالاتفاق بين أطراف العقد، فيما يتعلق بالخطأ الشخصي للمتعاقد، وذلك في فرعين، أستعرض في أولهما مسألة صحة شرط الإعفاء، ثم أدرس في الفرع الثاني مسألة جواز شرط الإعفاء في القانون المدني المصري وفي المشروع.

الفرع الأول: جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية للمتعاقد

هناك من يرفض الشروط المعفية من المسؤولية ويبررون ذلك–من بين أسباب أخرى– بأن هذه الشروط تعبر عن انتفاء الحرية التعاقدية، فإما أن يكون الدائن –عندما يقبل هذه

الشروط– مدفوعاً أو مضطراً أو غير منتبه[218]. كما يبررون رفضهم لشروط الإعفاء والتخفيف، في أن هذه الشروط تعطي للمدين سلطة مطلقة بين تنفيذ التزاماته وعدم تنفيذها، فيصبح تنفيذ الالتزام اختياريا، وبهذا يمكن للمدين أن يكون مهملا، بل ويمكنه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه متمسكا بمبررات مختلفة، ومطمئنا إلى عدم مسؤوليته[219]. كما أن مثل هذا الاتفاق يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم[220]. كما يستند الرافضون لشروط الإعفاء إلى مخالفتها للنظام العام فهي تهدم فكرة المسؤولية العقدية. كما يستندون إلى أنها تهدم فكرة السبب في العقد، فإذا كان الالتزام سببا للالتزام المقابل، فان عدم مسؤولية المدين عن تنفيذ التزامه يعني في واقع الأمر غياب سبب الالتزام المقابل[221].

وقد أورد الفريق المؤيد لهذه الشروط ردا على بعض هذه الحجج؛ حيث قالوا فيما يتعلق بإهدار سبب العقد، أن هذه الشروط لا تؤدي إلى إلغاء الالتزام، كما أن المسؤولية تبقى قائمة في حالتي الغش والخطأ الجسيم، كما يقولون بأن الشرط لا يعفي من كل الالتزامات بل تبقى هناك التزامات أخرى لا يمسها الشرط[222].

وأرى أن المبررات التي أوردها الفريق الرافض لهذه الشروط، هي مبررات معقولة، ولم أر أن الفريق المؤيد لشروط الإعفاء أورد ما يدحض هذه المبررات. وأضيف إلى ما أورده الرافضون لهذه الشروط، أن هذه الشروط تؤدي إلى عدم توازن في العلاقة العقدية، وتؤدي إلى إكساب شروط الإذعان غطاءً تشريعيا يسمح لشروط الإذعان بالمرور دونما معارضة من قبل القضاء.

---

[218] في عرض هذه الآراء يمكن الرجوع إلى: جميعي، حسن عبد الباسط: **شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية**، 1993، ص23-26.

[219] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص50.

[220] أبو سعد، محمد: مرجع سابق، ص129.

[221] جميعي، حسن: شروط التخفيف، مرجع سابق، ص28.

[222] المرجع السابق، ص29.

ويقضي المبدأ العام – عند غالبية الفقه- بجواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية[223]، ويبررون ذلك في أنه، لما كانت المسؤولية منشأها العقد، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية، وإذا كانت الإرادة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية، فان لها أن تعدلها وذلك في حدود النظام العام والقانون[224]. فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن القانون نص على ذلك، كما يرى البعض أن الإعفاء منها يتعلق بالنظام العام فلا يجوز تبعا لذلك[225]. وأقول ردا على ذلك إن الإرادة وإن كانت هي أساس المسؤولية العقدية، إلا أنها –الإرادة- في الحقيقة تكون ضعيفة غالبا، فكثير من العقود التي تبرم في عصرنا الحاضر خاصة بين الأفراد والشركات كالبنوك وشركات التأمين، وغيرهم من التجار، تفتقر لهذا الجانب الإرادي، فكثير من هذه العقود تبرم دون أن يطلع الفرد على محتواها، كما أنه وان اطلع على محتواها يكون مضطرا لإبرام تلك العقود، ولا يرد القول بأنه يجوز له رفض هذا التعاقد، والتعاقد مع شركة أو بنك أو تاجر آخر، ذلك أن المتعاقد سيجد بأن تلك الشروط تتكرر في معظم هذه العقود، وأنه وإن كان يستطيع رفض التعاقد، إلا أن رفضا كهذا لن يفيده في شيء، فسيضطر عاجلا أم آجلا إلى إجراء هذه العقود بالشروط المدرجة، وسيكون إحجامه عن التعاقد إضرارا غير مبرر به نفسه، أي نفس المتعاقد الضعيف.

ومثال الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الشخصي، اشتراط البنك عدم مسئوليته إذا لم يقم بتحصيل حقوق العميل من الغير. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية الموقرة:" إن من المقرر أن البنك الذي يعهد إليه العميل الذي يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير والثابتة في مستندات أو أوراق فان عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد حسبما تنص عليه المادة

---

(223) تناغو، سمير عبد السيد: **نظرية الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون سنة، ص 161. المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص371. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق،673. العطار، عبد الناصر: مرجع سابق، ص155. أبو البصل، عبد الناصر: مرجع سابق، ص339. الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام**، الكتاب الأول، **مصادر الالتزام**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص22. الاهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص316.

(224) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص673.

(225) هارون، جمال حسني: **المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1993، ص45-46.

(2/704) من القانون المدني. غير أن القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفائه من المسؤولية لأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام شروط الإعفاء التي يدرجها الطرفان في الاتفاق"[226].

ويرد الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الالتزام، لا على الالتزام نفسه، ومثال ذلك أن يتفق المؤجر والمستأجر على عدم مسؤولية الأخير عن رد المأجور في الحالة التي كان عليها عند تسلمها[227]. واتفاق كهذا لا يقصد منه –باعتقادي– إبراء المدين من الالتزام برد المأجور في الحالة التي كان عليها، وإنما يقصد منه أن لا يكون المدين مسؤولا حين يرد المأجور في حالة أخرى كأن تكون أضرار معينة أصابت المأجور، والفرق بين الأمرين دقيق، ففي حالة الإعفاء من الالتزام بالرد، لا يسأل المستأجر حتى لو لم يقم بتسليم المأجور في الحالة التي كان عليها، فيكون معفى من الالتزام، ويسأله الدائن بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية إن هو خرج عن سلوك الرجل العادي، واخطأ خطأً تقصيريا يستوجب المساءلة، أما في حال الإعفاء من المسؤولية، فيبقى المدين مسؤولا إن ارتكب غشا أو خطأ جسيما كان السبب في عدم رد المأجور في الحالة التي كان عليها، وفي غير حالتي الغش والخطأ الجسيم فلا مسؤولية عقدية عليه. ويلاحظ في الإعفاء من الالتزام، غالبا يرافقه نقل الالتزام على عاتق الطرف الآخر، فإذا تم الاتفاق على تحمل المتعاقد الآخر للالتزام فلا نكون أمام إعفاء من المسؤولية، بل نكون أمام التزام متفق على تحميله لذمة الطرف الآخر، فهذا الأخير يمكنه في هذه الحالة أن يشترط إعفاءه من المسؤولية وليس العكس.

والإعفاء من الخطأ الشخصي –في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم– جائز لدى غالبية الشراح المصريين[228].

---

[226] نقض 1994/10/20 طعن 570 س63ق. مشار إليه: طلبة، أنور: **المسؤولية المدنية**، ج2، **المسؤولية العقدية**، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص116.

[227] نصت المادة (1/591) مدني مصري على انه:" على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي كانت تسلمها عليها إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه".

[228] على سبيل المثال يمكن الرجوع إلى: الصدة، مرجع سابق، ص422. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص673. مرقس، الوافي، ج1، ص640 الهامش رقم273.

ولكن هل يجوز أن ينصب شرط الإعفاء على ركن الضرر مباشرة؟ أجيب على هذا السؤال كما يلي:

يعوض في المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، وقد سبق بيان ذلك في الفصل التمهيدي. مما يعني أن الضرر الذي يعوض عنه أساسه إرادة الأطراف المفترضة على أساس من شرط ضمني، أي أن الأطراف إذ التزموا بعلاقة عقدية، فأساس مسؤوليتهم العقد، فلا تجوز مساءلتهم عن أضرار لم يكونوا يتوقعونها لأن العقد هو الذي أوجد التزاماتهم، ويستثنى من ذلك حالتي الغش والخطأ الجسيم على اعتبار أن الإرادة لا يتصور أن تكون اتجهت ضمنيا إليها، خاصة وأن هاتين الحالتين تخالفان النظام العام[229]. وإذا كانت إرادة الأطراف هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعويض، فهذا يعني أن لهذه الإرادة، أن تخفف التعويض إلى مدى أقل أو تعفي منه.

إلا أنه، وكما لاحظنا فإن مثل هذه الإرادة الضمنية، مفترضة (تخفيفا) ولا تمتد إلى الإعفاء، ومعيارها ليس شخصيا، بل هو معيار موضوعي مجرد. أي حتى وإن كان الضرر غير متوقع في ذهن المدين، غير أن المدين يسأل عنه بموجب المعيار الموضوعي. ويترتب على ذلك، أن المدين يسأل عن الضرر حتى وإن لم يكن هو شخصيا توقعه، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية الموقرة بأن: "قياس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا معيار شخصي، بمعنى أنه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكون توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه"[230].

كما قضت المحكمة الموقرة في قرار آخر: "المدين في المسئولية العقدية يلزم طبقا لنص المادة 1/221 من القانون المدني بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، ويشمل تعويض الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، والضرر المتوقع إنما يقاس

---

[229] بهذا المعنى: أبو السعود، النظرية العامة، مرجع سابق، ص243. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص683-684. الفار، مرجع سابق، ص144.

[230] الفقرة الأولى من الطعن رقم 1070 لسنة 53 بتاريخ 06 / 06 / 1984 سنة المكتب الفني 35.

بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، بمعنى أنه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف التي يوجد بها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات"[231].

إن وجود المعيار الموضوعي، يعني، أنه يجوز الاتفاق على معيار شخصي، إلا ان مثل هذا الاتفاق يدخلنا في أحكام نظام قانوني آخر هو التعويض ألاتفاقي، وبالتالي علينا في هذه الحالة تطبيق أحكامه.

ذلك لأن الضرر والتعويض، مسألتان متداخلتان، لا يمكن البحث في إحداهما دون التعرض إلى الأخرى، فالتعويض جبر للضرر، والضرر لا يمكن تصور وجوده إذا لم يكن يعوض عنه، وهو الجزاء الذي رتبه القانون على المسؤولية المدنية[232][233]. وقد عبر المرحوم السنهوري عن ذلك بالقول بأن الضرر هو مقياس التعويض[234].

والضرر الذي لا يعوض عنه، هو ليس ضررا بالمعنى القانوني، فلو تجرد الضرر الذي أصاب الدائن من حماية القانون، أصبح التعويض عنه التزاما غير قانوني (المادة 2/199 مدني مصري)[235]. إلا أنه يبقى ضررا.

إن الضرر ذو صفة مزدوجة فهو عنصر في نظامين قانونيين؛ الأول هو نظام المسؤولية، والثاني هو نظام التعويض. ولما كان الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الضرر ذا نتائج مباشرة على نظام التعويض، فان نظامين قانونيين سيحكمان الإعفاء من الضرر. ما يستدعي الإجابة على السؤال حول أي من هذه النظامين أولى بالتطبيق في حالة وجود شرط للإعفاء من الضرر؟

أعتقد، أنه يجب تطبيق أحكام نظام التعويض، رغم أن المدني المصري نص صراحة في

---

(231) الفقرة الأولى من الطعن رقم 0206 لسنة 36 بتاريخ 08 / 12 / 1970 سنة المكتب الفني 21.

(232) طلبة، أنور: **المسؤولية المدنية**، ج1، **المسؤولية العقدية**، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص256.

(233) سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص275وما بعدها.

(234) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص970.

(235) يقابلها نص المادة (221) من المشروع.

المادة (223) على أنه:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 215 إلى 220"[236]، والحكم الوارد في هذه المادة يجيب على السؤال المطروح فيجعل –ظاهريا– الأولوية لنظام الإعفاء المادة (2/217) مدني مصري. فإذا اتفق على إعفاء المدين من الضرر الذي يترتب على خطئه فان نظام الإعفاء يجّب نظام التعويض. وهذا هو مذهب محكمة النقض المصرية ومعظم الاتفاقيات ذات العلاقة بالنقل البحري، حيث يعد التحديد الاتفاقي لمسؤولية الناقل عن الأضرار من قبيل الاتفاق على التخفيف من المسؤولية[237]، غير أنني أتحفظ على هذه النتيجة، فتحديد مسؤولية الناقل البحري، لا تعد اتفاقا من اتفاقات المسؤولية، بل هو اتفاق من اتفاقات التعويض، ذلك أن المسؤولية –باعتقادي– لا تخفف إلا في الحالة التي يتم فيها التساهل في تقييم مسلك المدين، سواء بإعفائه جزئيا من المسؤولية، أو بمساءلته عن درجة عناية أقل من التي فرضها القانون، أو بعدم مساءلته عن نوع العناية التي يقتضي الأصل الالتزام بها، كأن تكون مسؤوليته عن تنفيذ غاية فيتفق على عدم مسؤوليته إن بذل عناية الرجل العادي. أما الاتفاق على تعويض محدد فهو من قبيل التعويض الاتفاقي.

ومن جهة أخرى فان أركان المسؤولية قد تتحقق ومع ذلك لا يكون مجال للتعويض، فلا يعوض عن الضرر غير المباشر، وان كانت المسؤولية قائمة، كما لا يعوض في المسؤولية العقدية عن الضرر غير المتوقع رغم أن المسؤولية قائمة، كما أن الضرر في الحقيقة مسألة موضوعية، ملموسة، أضف إلى ذلك أن نصوص التعويض جاءت أكثر تشددا في مصلحة المدين، فللقاضي تعديل التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغا فيه، على خلاف الإعفاء من المسؤولية الذي لا يعدله القاضي وإنما يستبعده في حالة البطلان أو إذا كان شرطا في عقد إذعان. من هنا فإنني أرى أن الأولوية تكون لنظام التعويض، فإذا ورد الشرط على الضرر ففي الحقيقة لا

---

(236) يقابل هذا النص نص المادة (240) من المشروع التي جاء فيها:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق،مع مراعاة أحكام القانون" ويلاحظ أن المشروع استبدل العبارة الأخيرة في النص المصري بعبارة (مع مراعاة أحكام القانون). مما يعني أن الحكم يكون واحدا في القانونين فيما يتعلق بالأحكام الواجبة التطبيق في حال الاتفاق على الإعفاء من الضرر.

(237) في ذلك قرارات محكمة النقض الموقرة المشار إليها في: خالد، عدلي أمير: **أحكام دعوى مسؤولية الناقل البحري**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000، ص198 وما بعدها.

نكون أمام إعفاء من المسؤولية لأن المسؤولية تكون قد تحققت ومع ذلك لم ينتج عنها تعويض، فالمسؤولية ضرورية لتحقق التعويض، أما التعويض فلا يعتبر ضروريا لتحقق المسؤولية. كما أن الاتفاق على عدم تعويض أضرار معينة لغايات تطبيق أحكام شرط الإعفاء، يعد تحايلا على القانون الذي يمنح للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض. فيكون الاتفاق على الإعفاء من الضرر، بمثابة سلب لسلطة القاضي التي منحها له القانون وهو أمر غير جائز.

وعليه، أرى أن الشرط الوارد على الضرر يأخذ إحدى صورتين، فإما يعفي المدين من بعض الأضرار أو يخفف أثرها عنه، وهنا نكون أمام شرط إعفاء من التعويض وليس من المسؤولية، وإما أن يزيد في نوع وكم الأضرار التي يعوض عنها، وفي هذه الحالة نكون أقرب إلى نظام الشرط الجزائي.

الفرع الثاني: جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية في المدني المصري والمشروع

نص المشرع المصري صراحة على جواز الشرط المعفي من المسؤولية العقدية[238]، حيث جاء في المادة (2/217) مدني مصري:"وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...". ويلاحظ انه يستثنى من إعفاء المدين، حالتي الغش والخطأ الجسيم، مما يعني انه لا يجوز شرط الإعفاء أيضا في الأحوال التي يكون فيها الخطأ أكثر من جسيم، مثال ذلك ما يسمى بالخطأ غير المغتفر المعروف لدى الفقه والقضاء الفرنسيين[239]، أما في غير ذلك من الأحوال فيجوز شرط

---

[238] لا تجيز مجلة الأحكام العدلية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ذلك أن الشروط المعتبرة في مجلة الأحكام هي:

1- الشرط الذي يؤكد مقتضى العقد كالبيع بشرط تسليم المبيع على البائع وشرط الثمن على المشتري (المادة 186) من المجلة.

2- الشرط الذي يؤيد العقد، كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل بالثمن (المادة 187) من المجلة.

3- الشرط المتعارف عليه (المادة 188) من المجلة.

[239] يقصد بالخطأ غير المغتفر هو الخطأ الفاحش الذي يبلغ في جسامته حدا لا يعلوه خطأ ويكاد يصل إلى حد الغش لولا إن الحدود تدرأ بالشبهات. في تفصيل هذا التعريف: رشدي، محمد السعيد: **الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفاحش والمقصود**، ط1، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص75 وما بعدها.

الإعفاء بموجب النصوص القانونية، إلا أن الفقه يضيف حالة أخرى لا يجوز فيها الإعفاء، هـــي حالة الأضرار الجسدية[240].

كذلك يستفاد من النص، بأن الاتفاق على الإعفاء يكون من ركن الخطأ فقط، فقد جاءت عبارة النص حاسمة في هذا الصدد، حيث استعمل المشرع عبارة (عدم تنفيذ التزامه التعاقــدي) أي أن شرط الإعفاء يجب أن يرد على عدم التنفيذ، أما ورود الشرط على ركن الضرر، فــان ذلك يعني إيجاد تنازع بين نظام الإعفاء ونظام التعويض سبق وان عرضت له.

كما نص المشروع على جواز شرط الإعفاء من المسؤولية في المادة (1/238) حيــث جاء فيها: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامــه التعاقدي، كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه تنفيذاً معيباً أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطــأ جسيم منه..". وقد برر واضعوا المذكرات الإيضاحية أخذهم بشرط الإعفاء بنـــاء علـــى مبـــدأ سلطان الإرادة، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة:" استنادا إلى مبدأ مـــن يملـــك الإنشاء يملك التعديل أو الإنهاء". ويلاحظ أن هذا النص جاء مختلفا عن نص المـــادة (2/217) مدني المصري، وأوجه الخلاف نجملها على النحو التالي:

1-ورد في نص المشروع (إعفاء المدين من تعويض الضرر) فيما ورد في المدني المصـــري (إعفاء المدين من أية مسؤولية). وأورد في هذا السياق ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: فيما يتعلق بهاتين العبارتين أرى أن المدني المصري كان أكثر دقة، حيث أنه أقام وزناً للفرق بين الإعفاء من المسؤولية، وبين الإعفاء من التعويض، فالإعفاء من المسؤولية غير الإعفاء من التعويض، وقد سبق تبيان ذلك في الفصل التمهيدي من هذا البحث.

الملاحظة الثانية: إن الحكم الوارد في المشروع على هذا النحو ينسجم مع أحكام مواد المشروع الأخرى، حيث نصت المادة (3/241) من المشروع:" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطـــأ

---

(240) العطار، عبد الناصر: مرجع سابق، ص155.

جسيما"[241]. وهو حال المدني المصري أيضا. فللغش والخطأ الجسيم ذات الأثر على اتفاقات الإعفاء من المسؤولية واتفاقات التعويض.

2-جاء نص المشروع أكثر تفصيلا في تحديد موطن الإعفاء (عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه تنفيذاً معيباً أو تأخر فيه) فيما جاء النص المصري أكثر اقتضابا في هذه المسألة (عدم تنفيذ التزامه التعاقدي)، وأرى إن المشروع لم يغرق في تفسير الخطأ العقدي فحسب -وهذا أمر يجب تلافيه في صياغة التشريع- بل وابعد من ذلك قيد يد القاضي إلى أبعد حدود، فالنص يشير إلى جواز الإعفاء عن عدم التنفيذ (كليا) وهذه الصياغة باعتقادنا لا تترك للقاضي مجال استبعاد مثل هذا الشرط في الأحوال التي يكون فيها الإعفاء شاملا للمسؤولية عن الالتزامات الرئيسة في العقد، ولا يعني قولنا هذا أن النص المصري جاء موفقا في صياغته، بل يعاني هو كذلك الصياغة الضعيفة نفسها التي تؤدي إلى إعفاء المدين من المسؤولية عن الالتزامات الرئيسة في العقد، وهو أمر يهدر الالتزام، ويجعله متوقفا على إرادة المدين، وهو ظاهر النص، إلا أن القاضي-باعتقادي- في ظل نص المادة (217) يستطيع أن يفسره تفسيرا ضيقا، بحيث لا يهدر العلاقة العقدية، ويلزم بالتالي المدين بالمسؤولية عن الالتزامات الرئيسة على الأقل.

وقد ذهب القضاء المصري إلى جواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فقضت محكمة النقض المصرية الموقرة بأنه:" لما كان النص في المادة 217 من ذات القانون على أنه 1_ ___. 2_ وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم مؤداه أنه - في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم - يجوز الإتفاق بين طرفي عقد الوكالة على حق الموكل في عزل الوكيل في أي وقت دون أن يكون مسئولا قبله عن أي تعويض ويعد هذا الإتفاق واردا على الإعفاء من مسئولية عقدية مما يجيزه القانون"[242].

---

(241) يقابله نص المادة (225) مدني مصري.

(242) الفقرة الرابعة من الطعن رقم 0731 لسنة 60 بتاريخ 25 / 12 / 1994 سنة المكتب الفني 45. كذلك: الفقرة الخامسة من الطعن رقم 0731 لسنة 60 بتاريخ 25 / 12 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

المطلب الثاني: عدم جواز الشرط المعفي من المسؤولية الشخصية في حالتي الغش والخطأ الجسيم

كما مر بنا في المطلب السابق، فان للأطراف الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على الخطأ الشخصي، إلا إن اتفاقا كهذا غير جائز في حالتين: هما الغش والخطأ الجسيم.

وفي هذا المطلب سأدرس في فرعين: المقصود بالغش والخطأ الجسيم في أولهما، وحكم شرط الإعفاء في هاتين الحالتين في ثانيهما.

الفرع الأول: المقصود بالغش والخطأ الجسيم

أدرس في هذا الفرع ما المقصود بالغش، وما المقصود بالخطأ الجسيم على التوالي.

أولا: المقصود بالغش

عرف البعض الغش بأنه، كل فعل أو امتناع عن الفعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر(243)، وهو يقابل الخطأ العمدي، الذي يكون المدين قاصدا إحداثه(244)، ومعيار الغش موضوعي، يستدل عليه من جسامة الخطأ.

ويشترط البعض في الغش أن تتجه نية المدين ليس فقط إلى التخلص من الأعباء التي يفرضها العقد، بل وكذلك إلى نية إحداث الضرر بالدائن(245)، فيما لا يشترط على رأي آخر إلا أن تكون نية المدين ذهبت إلى التهرب من التزامه العقدي(246).

---

(243) السرحان وآخر، مرجع سابق، ص334.

(244) الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص422. فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية، مرجع سابق، ص13. الاهواني، مرجع سابق، ص317.

(245) بلقاسم، إعراب: **شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الجزائر، 1984، ص34. زكي، ج2، مرجع سابق، ص84.

(246) دسوقي، محمد إبراهيم: **تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، بدون سنة نشر، ص358.

وأرى أن الغش يتحقق في الالتزامات العقدية سواء أراد المتعاقد التهـرب مـن أعبـاء الالتزام التي أوجبها العقد، أو قصد من خلال العقد الإضرار بالمتعاقد الآخـر، إلا إن مرتكـب الغش في الحالة الأولى تبقى مسؤوليته في إطار العقد، وهو ما يعرف بسوء النية في العقد، فيما – باعتقادي– إذا كان المدين يقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر فنكون أمام خطأ تقصيري ولـيس خطأ عقدي، لأن عدم الإضرار بالغير التزام قانوني. واتجاه محكمة النقض المصرية الموقرة في معظم أحكامها، إلى إن معنى الغش هو قصد الإضرار[247]، ما يستنتج منه إن محكمـة الـنقض الموقرة لا ترى بالغش – في القرارات التي عدنا إليها على الأقل– إلا خطأً تقصيرياً قوامه قصد الإضرار.

وهذا المنطق–الذي يشترط قصد الإضرار إلى جانب التهرب من الالتزام– هو منطـق بتقديرنا تنقصه الدقة، فالعقد يقوم أساسا على حسن النية، والمتعاقدون لولا افتراض هذا القصـد الضمني لما تعاقدوا غالبا. ثم إن حسن النية في العقود شرطا مصدره القانون، وقد نص المشرع على أنه:" يجب تنفيذ العقد وفقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" (المـادة 1/148 مدني مصري)[248]. وهو ما يدلل على أنه لا يشترط في الغش أن يتـوافر بـه قصـد الإضرار إلى جانب عدم التنفيذ، بل يكفي –باعتقادي– أن تتوافر لدى المدين نية عـدم التنفيـذ للالتزام العقدي حتى يقوم الغش.

وقد ذهب كثير من فقهاء القانون الفرنسيين إلى هذا الرأي الأخير، فقالوا بأن للغش فـي المسؤولية العقدية مضموناً أوسع بحيث يشمل الإرادة التي تدل على عدم فعل ما هو ضـروري لتنفيذ العقد، سواء أكانت هناك أو لم تكن نية الإضرار، فالغش هنا هو سوء النية العقدية، أو هو كل سلوك مضاد للالتزام العقدي[249].

---

[247] مثلا: الفقرة الرابعة من الطعن رقم 2384 لسنة 54 بتاريخ 04 / 04 / 1990 سـنة المكتـب الفنـي 41. والفقرة الأولى من الطعن رقم 0045 لسنة 36 بتاريخ 31 / 03 / 1970 سنة المكتب الفني 21.

[248] يقابلها (1/148) من المشروع.

[249] من الفقهاء الذين ذهبوا إلى هذا الرأي: بلانيول و ريبير و بولانجيه وديموج، مشار إليه: دسـوقي، محمـد: مرجـع سابق، ص358–359.

ثانيا: المقصود بالخطأ الجسيم

الخطأ الجسيم هو كما عرفه الفقيه الفرنسي بوتييه: (ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه)[250]. وهذا التعريف هو الدارج عند الكثير من الشراح، فعرفه آخرون بأنه: (الخطأ الذي لا يصدر عن أقل الناس حذرا وحيطة)[251].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أبعد من ذلك، متبنية لاتجاه أكثر تشددا في وصف الخطأ بالجسامة، ففي احد قرارات المحكمة الموقرة، لمست أن الخطأ الجسيم ليس بالضرورة أن يصدر بقليل من الحيطة والحذر لدرجة أنه لا يصدر عن أقل الناس حيطة وحذرا، بل هو من وجهة نظر المحكمة الموقرة، الخطأ الذي يصدر بدرجة غير يسيرة، وكأن هذا الشرط وحده كافياً لأن تصف المحكمة الموقرة ذلك الخطأ بالجسامة، ففي تعريفها للخطأ الجسيم قالت:" الخطأ الجسيم .... و على ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو الذي يقع بدرجة غير يسيرة و لا يشترط أن يكون متعمداً لما كان ذلك و كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه قضى مسئولية الطاعنة " الشركة " عن التعويض على أساس المسئولية التقصيرية المقررة في القانون المدني لإرتكابها خطأ جسيماً يتمثل في سماحها بتسيير السيارة التي وقع بها الحادث و إطارها الخلفي صالح بنسبة 30 % مع أن عمل الشركة و نشاطها يجعلها على علم بأن السيارة قد تجتاز طرقاً وعره – و كان هذا الذي قرره الحكم مستنداً إلى أدلة كافية لحمله و لها أصلها الثابت في الأوراق – فإن ما تنعاه الطاعنة على الحكم من الخطأ في تطبيق القانون لا يكون له محل"[252]. يتبين أن المحكمة الموقرة وصفت الخطأ بالجسامة لمجرد مجاوزته للخطأ العادي[253]، فالخطأ الجسيم–على ما جاء في القرار الأخير– هو الذي يصدر بدرجة غير يسيرة،

---

[250] مشار إليه: رشدي، محمد: مرجع سابق، ص77-78.

[251] أبو السعود، النظرية العامة،مرجع سابق، ص237.

[252] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0808 لسنة 44 بتاريخ 26 / 04 / 1980 سنة المكتب الفني 31.

[253] هناك اتجاه فقهي لا يشترط في الخطأ الجسيم إلا (أن يتصور مدى الانحراف في مسلك الشخص وان يتصور أن النتائج الضارة لفعله هي أمر مؤكد أو قريب الاحتمال). دسوقي، محمد: مرجع سابق، ص280. أيضا: رشدي، محمد: مرجع سابق، ص79.

أي انه يجب أن يكون الخطأ على درجة من الإهمال البيّن.

ولا يشترط أن يتوفر عنصر العمد في هذا النوع من الخطأ[254]، فإذا توفر عنصر العمد أصبحنا نتحدث عن غش وليس عن خطأ جسيم[255].

وقد ثار جدل حول مسؤولية المهنيين، كالأطباء، فالبعض رأى انه لا تجوز مساءلة المهنيين عن أخطائهم اليسيرة، بينما رأى البعض الآخر إن معيار الرجل العادي ينطبق على الفنيين وغيرهم وأنه لا يشترط أن يكون الخطأ جسيما حتى يساءل الطبيب[256]. ورغم أن المحاكم المصرية ترددت بين اشتراط الجسامة في خطأ الطبيب، وبين عدم اشتراطها، إلا إن الاتجاه الغالب لدى القضاء المصري هو الذي يقضي بعدم اشتراط الخطأ الجسيم من أجل مساءلة الطبيب[257]. غير إن قيام المسؤولية على الخطأ المهني الجسيم تفرضه أحيانا طبيعة المهنة، فلا يتصور مخاصمة القاضي إذا لم يبدر عنه خطأ جسيم لأن ذلك سيؤدي إلى إعاقة عمل القضاء، والى إحجام القضاة عن إصدار الأحكام[258].

وفيما عدا معيار الخطأ الجسيم المأخوذ به في مخاصمة القضاة، فان المهنيين يسألون عن أخطائهم في إطار المعيار العام للخطأ.

وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية، بوضوح في معيار الخطأ المهني، حاسمة هذا الخلاف بقولها:" إن الطبيب الذي يخطئ مسؤول عن نتيجة خطئه، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم، ولا بين الفنيين وغيرهم، والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات في التمييز بين نوعي الخطأ، ولأن نص القانون الذي يرتب مسؤولية المخطئ عن خطئه جاء عاما غير مقيد،

---

[254] الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص466.

[255] السرحان وآخر، مرجع سابق، ص334.

[256] للمزيد في تفصيل هذه الآراء: البيه، محسن عبد الحميد: **خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية**، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1993، ص30وما بعدها.

[257] البيه، محسن: مرجع سابق، ص38-39.

[258] خفاجي، احمد رفعت: *تفسير الخطأ المهني الجسيم في خصوص المادة 797 من قانون المرافعات*، بحث منشور في **مجلة المحاماة**، القاهرة، العدد الأول، سنة1958-1959، الصفحات (88-93) ص88.

فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم، ويسأل الطبيب عن إهماله سواء أكان خطؤه يسيرا أو جسيما فلا يتمتع الأطباء باستثناء"[259].

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى المذهب نفسه، لكن بشكل أكثر وضوحا فقضت بأنه: "لما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة ويصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها، فان انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج"[260].

وقد عرضت لهذا الجدل لما له من أهمية فيما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية، فلو اعتبرنا أن المهني لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم، فهذا يؤدي إلى أن المهني يكون معفيا أصلا من المسؤولية إلا في حالة الخطأ الجسيم دون الحاجة إلى إيراد شرط الإعفاء، وهو ما يستدعي البحث –حينها– في إمكانية الاتفاق على الإعفاء حتى في حالة الخطأ الجسيم للمهني، ذلك إن خطأه الجسيم سيبدو مساويا للخطأ العادي (اليسير) لأي شخص آخر، وبالتالي يصبح الإعفاء حتى في ظل الخطأ الجسيم محل نظر. ولما كان الفقه والقضاء في مصر قد استقر على أن المهنيين يسألون ضمن القواعد العامة، فان القول بإمكانية الاتفاق على إعفاء المهنيين من خطئهم الجسيم تصبح مسألة لا أساس لها.

وعلى النقيض مما تقدم، هناك من ذهب إلى إن الأخطاء المهنية هي تعتبر دائما جسيمة، ولا يجوز الإعفاء منها[261]، إلا أن هذا الرأي ليس سليما، ذلك إن للأخطاء المهنية كما للأخطاء

---

(259) الإسكندرية الكلية 30–12–1943– المحاماة 24–رقم 35–78. كما ورد في: البيه، محسن: مرجع سابق، ص39.

(260) نقض مدني مصري 1966/3/22 رقم88. البيه، مرجع سابق،ص39. وقد أكدت محكمة النقض الموقرة على هذا النهج في قرارات أخرى منها ما جاء في القرار 1971/12/21 رقم179 إن:" الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته".

(261) بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص40.

الأخرى درجات فبعضها يسير، وهو ما يجوز الاتفاق على الإعفاء منه، وبعضها جسيم وهو ما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه.

وذهب رأي آخر إلى أنه لا يجوز السماح للمهنيين بالاتفاق على الإعفاء من مسؤوليتهم حتى عن الخطأ اليسير لما في ذلك من تشجيع للمهنيين على ارتكاب الأخطاء اليسيرة[262].

ورغم تأييدي لهذا الرأي الأخير، غير أنه لا أساس له من القانون، ذلك إن القاعدة العامة في جواز شرط الإعفاء لا تفرق بين المهني وغير المهني.

الفرع الثاني: الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم في القانون المصري والمشروع

لقد تبنى المشرع المصري الاتجاه الذي يرفض اتفاقات الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فقد جاء في المادة (2/217) مدني مصري:" وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم.." وهذا الموقف يتبناه المشروع أيضا[263].

ويذهب الشراح إلى تبني هذا النهج، فهناك إجماع على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العمد(الغش) والخطأ الجسيم[264].

ويأخذ الخطأ الجسيم حكم الغش، رغم أن الأول خطأ غير عمدي، وذلك خوفا من تستر المدين وراء الخطأ الجسيم إخفاء لنيته الإضرار بالدائن، هذا من جهة، ومن جهة ثانية حتى يفرض على المدين حدا أدنى من العناية في المعاملات إعمالا لمبدأ حسن النية[265].

---

(262) العيسائي، عبد العزيز: مرجع سابق، ص57.

(263) يقابلها نص المادة (1/238) من المشروع التي جاء فيها من بين عبارات أخرى:" يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، كليا أو جزئيا أو بسبب تنفيذه تنفيذا معيب أو تأخر فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه..".

(264) مرقس، الوافي، ج1، مرجع سابق، ص640. سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص406. العمروسي، مرجع سابق، ص17. السرحان وآخر، مرجع سابق، ص334.

(265) الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص466.

وقد ذهب القضاء المصري إلى مساواة الخطأ الجسيم بالغش في أحكام عديدة، ورتبت على الخطأ الجسيم تغيير وصف المسؤولية، فإذا ثبت أن الخطأ العقدي كان جسيما، أصبح أساس مسؤولية المدين تبعا لذلك مسؤولية تقصيرية.

حيث قضت محكمة النقض في أحد أحكامها:"... فإنه لا يخرج مسئولية المؤجر – في خصوص هذا الالتزام – عن طبيعتها و لا يحيلها إلى مسئولية تقصيرية و ذلك ما لم يثبت أن المؤجر إرتكب خطأ جسيما أو غشا أو فعلا يؤثمه القانون على النحو السالف بيانه"[266].

كما قضت المحكمة ذاتها بأنه:" تطلبت المادة 47 من القانون رقم 92 لسنة 1959 لإمكان رجوع العامل على صاحب العمل بالتعويض فيما يتعلق بإصابات العمل أن يكون خطؤه جسيماً، وقد وردت هذه العبارة في هذا النص بصيغة عامة مطلقة بما يجعلها شاملة لكل فعل خاطيء سواء أكان مكوناً لجريمة يعاقب عليها أم أنه لا يقع تحت طائلة العقاب طالما أنه خطأ جسيم. وإذ كان ما يقوله الطاعن بسبب النعي من أن الخطأ الجسيم لا يتوافر إلا أن يكون مكوناً لجريمة جنائية – ينطوي على تخصيص لعموم النص بغير مخصص و هو ما لا يجوز، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس الخطأ الجسيم من جانب رب العمل و تابعه مستنداً في ذلك إلى قواعد المسئولية التقصيرية المقررة في القانون المدني فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور"[267].

وأرى أن موقف المحكمة، جانب الصواب في إرساء مثل هذه القاعدة التي تنقل الخطأ الجسيم إلى مصاف الخطأ التقصيري، لأن الخطأ الجسيم متصور في إطار العلاقة العقدية، فلا مبرر في إضفاء هذا الوصف عليها (دائما).

أما فيما يتعلق بالغش، فالغش في العقد وكما ذكرت سابقا، لا يشترط فيه نية الإضرار فيكفي فيه نية عدم التنفيذ، ويبدو أن محكمة النقض المصرية – وعلى نقيض قولي– تنظر إلى

---

[266] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0280 لسنة 34 بتاريخ 16 / 04 / 1968 سنة المكتب الفني 19.

[267] الفقرة الثالثة من الطعن رقم 486 لسنة 37 بتاريخ 29 / 12 / 1973 سنة المكتب الفني 24.

الغش بأنه (قصد الإضرار إلى جانب نية عدم التنفيذ)، ولذا فهي دائما تجعله في إطار المسؤولية التقصيرية.

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه:" إذ كان المقرر – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة كما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد العاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق به في حقه أركان المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد و أن إستخلاص عناصر الغش و تقدير ما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك ما دامت الوقائع تسمح به"[268].

المطلب الثالث: جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في المدني المصري والمشروع

أبحث في هذا المطلب مسألة جواز الإعفاء من المسؤولية المترتبة على أخطاء الغيــر، في فرعين؛ أدرس في الأول الآراء التي قيلت في هذه المسألة، ثم أدرس فـــي الثـــاني موقـــف المدني المصري والمشروع.

الفرع الأول: شرط الإعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير

تقوم مسؤولية المدين عن فعل الغير إذا توفر شرطان[269]: الأول: وجود عقد صـــحيح بين المدين والدائن، فإذا كان العقد باطلا فقواعد المسؤولية التقصيرية هـــي الواجبـــة الإتبـــاع.

---

[268] الفقرة الرابعة من الطعن رقم 2384 لسنة 54 بتاريخ 04 / 04 / 1990 سنة المكتب الفني 41.

[269] مأمون، عبد الرشيد: **المسؤولية العقدية عن فعل الغير**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986، ص42–43.

الثاني: أن يكون المدين قد عهد إلى الغير تنفيذ العقد، أو أن يكون الغير مكلفا بموجب الاتفاق أو القانون تنفيذ العقد.

وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيين على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير في حدود الخطأ اليسير[270]، أما عند وجود غش أو خطأ جسيم فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء. لأنه لا يجوز –كما يقول الفقيه الفرنسي اسمان– أن يكون المدين في الالتزام في موقف أفضل عندما ينفذ التزامه بواسطة الغير من موقفه عندما ينفذه بنفسه[271].

لكن معظم الفقه العربي يذهب إلى جواز الإعفاء من خطأ الغير في حالتي الغش والخطأ الجسيم[272]. ذلك لأن الغش والخطأ الجسيم الصادران عن التابعين لا يعتبران حتما غشا أو خطأً جسيما من المدين، وقد لا يعتبر إلا خطأً تافها في جانبه[273]. كما يرى البعض أن شرط الإعفاء يبدو أقل خطراً إذا انصب على أخطاء لم يرتكبها المدين ذاته[274].

وقد ذهب المرحوم السنهوري إلى جواز الإعفاء من خطأ الغير في حالتي الغش والخطأ الجسيم، إلا أنه حاول تقييد ذلك، ففيما يتعلق بمسؤولية مدير الشركة يرى المرحوم السنهوري إن مدير الشركة ليس وكيلا عنها بل أداة لها، لذا لا تستطيع الشركة أن تعفي نفسها عن الأخطاء الجسيمة أو الغش الصادر عنه. كما اعتبر أن شركات النقل تستطيع أن تعفي نفسها من السرقات التي يرتكبها عمالها، وهذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير، وهو صحيح –ويستطرد إن مثل هذا الشرط إذا فرضته الشركات الكبرى على عملائها، يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضي

---

[270] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص105. يحيى، ياسين: مرجع سابق، ص96. المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص390.

[271] مشار إليه: المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص390.

[272] الأستاذ أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص364. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص676. مرقس، الوافي، مرجع سابق،ص644.

[273] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص70. يحيى، ياسين: مرجع سابق، ص37.

[274] سوار، وحيد الدين: **مصادر الالتزام**، ج1، ط2، دمشق، المطبعة الجديدة، 1978، ف551. مشار إليه: بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص61.

إبطاله[275].

وأرى، إن ما ذهب إليه المرحوم السنهوري، من عدم إجازة إعفاء مدير الشركة، يجب أن ينطبق أيضا على من يستعملهم المدين في تنفيذ التزامه، لأن مسؤولية المدين هنا هي مسؤولية شخصية.

أما فيما يتعلق بعمال النقل، فلا يستطيع القاضي-باعتقادي- أن يضفي الصفة الإذعانية على شرط الإعفاء من المسؤولية، حتى لو كانت شركة النقل كبرى، لأنه شرط جائز بنص.

الفرع الثاني: موقف المدني المصري والمشروع من شرط الإعفاء عن خطأ الغير

سبق القول إن مسؤولية المدين العقدية عن خطأ الغير مقررة ضمنا بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (217) مدني مصري حيث جاء فيها:"وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"[276]، ويفيد هذا النص أنه يجوز أن يشترط المدين الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ولو كانت تلك الأخطاء جسيمة، أو صادرة عن غش.

إن أول ما يقال عن هذا النص إنه لا يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عن أخطاء الغير التي من المفروض أن يكون المدين مسؤولا عن أخطائهم، وإنما يجيز الاتفاق على الإعفاء من أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزامه فحسب. وبهذا القول نحن نخالف غالبية الشراح- مع الاحترام- الذين قالوا إن النص يسمح بالاتفاق على الإعفاء عن أخطاء الغير في المسؤولية العقدية -مطلقا- في حالتي الغش والخطأ الجسيم[277].

---

[275] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص677، الهامش رقم1.

[276] تقابل نص المادة (1/238) مشروع.

[277] من هذا الرأي: الأستاذ أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص364. الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص676-677. مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص644.

وأوضح ذلك بالقول، إن الغير الذين يعد المدين مسؤولا عن أخطـائهم لا ينحصـرون فيمن يستخدمهم في تنفيذ التزامه، وقد سبق لنا توضيح ذلك في المبحث التمهيدي، وقد تبين لنـا إن الغير المسؤول عنهم المدين في العقد ثلاثة: إما أن تكون مسؤوليته قائمة عنهم بنص القانون، وهذا هو حال المؤجر، وإما تكون مسؤوليته عنهم قائمة على نية الأطراف أو ما سبق ووصفته محكمة النقض (طبيعة العقد)، والحالة الثالثة هي التي وردت في المادة (2/217) مدني مصري، وهي الحالة التي يكون فيها الغير عبارة عن مستخدم في تنفيذ العقد.

وأرى أن النص جاء قاصرا على (من يستخدمهم فـي تنفيـذ التزامـه) دون غيـرهم، فالأصل -كما يتضح من النص- عدم جواز الاتفاق على الإعفاء في حـالتي الغـش والخطـأ الجسيم، وعندما جاء المشرع بالاستثناء المتعلق (بمن يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه) فيجب عدم التوسع فيه ولا القياس عليه، وبالتالي لا يجوز تحميل النص فوق ما يحتمل.

وباعتقادي فإن موقف المشرع منتقد حتى في إجازة الإعفاء فيما يتعلق بالمستخدمين في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وذلك للأسباب التالية:

أولا: إن المدين لا يستطيع اشتراط إعفاء نفسه في حالتي الغش والخطأ الجسيم، ولما كان الخطأ الصادر من الغير يعد صادرا عنه، فلا مبرر إذن من السماح باشتراط هذا الشرط فيمـا يتعلـق بالغير.

ثانيا: إن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى إهمال المدين في اختيار مستخدميه الذين يستخدمهم في تنفيذ عقده، مما قد يؤدي إلى نتائج تتعارض مع النية المفترضة للأطراف القاضية باحترام التزاماتهم.

ثالثا: إن تقرير هذا الجواز بنص قانوني يؤدي إلى تكبيل يد القاضي حين النظر في مدى تعسفية شرط الإعفاء لأنه لا اجتهاد في مورد النص.

رابعا: مثل هذا الجواز يمنح الطرف سيء النية مجالا للتهرب من التزاماته.

خامسا: قد يلجأ المتعاقد إلى تنفيذ التزاماته عن طريق الغير –غالبا– وذلك من أجل التهرب من المنع الوارد في المادة (2/217) مصري والمادة(1/238) من المشروع.

المبحث الثاني: تطبيقات شرط الإعفاء والقيود التي ترد عليه

أورد المشرع المصري قيودا على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في تطبيقات متفرقة من القانون، وقد سار المشروع على نهج المدني المصري في هذا الصدد، فأورد في مواطن متعددة، نصوصا تحظر صراحة أو ضمنا شرط الإعفاء من المسؤولية، أو تجيزه بشروط، وهو ما سأبحثه من خلال دراسة تطبيقات بعض العقود في المطلب الأول.

كما أدرس في المطلب الثاني، القيود التي أوردها المشرع والفقه والقضاء، والتي لها انطباق على مختلف المعاملات، فأدرس الاتفاق على الإعفاء من الأضرار الجسدية في ظل عدم وجود نص تشريعي مباشر، كما أدرس أيضا دور القضاء في تعديل الشروط التعسفية وأثره على شرط الإعفاء، ثم أدرس مسألة الإعفاء من التزام رئيسي يرتبه العقد. ثم أدرس كتابة شرط الإعفاء.

المطلب الأول: تطبيقات تشريعية لحالات الجواز والحظر لشرط الإعفاء

أدرس في هذا المطلب بعض التطبيقات التشريعية في أهم العقود، وهي البيع والإجارة والنقل، والمقاولة، كما أدرس تطبيقات الإعفاء على مدة التقادم.

الفرع الأول: عقد البيع

نظم المشرع في عقد البيع، الأحوال التي يجوز والتي يحظر فيها الاتفاق على إعفاء البائع من مسؤوليته التي قد تترتب على إخلاله بالتزاماته، وسأدرس في هذا الفرع حالتين خاصتين، لهما الكثير من الأهمية في الحياة العملية، هما الاتفاق على الإعفاء من ضمان الاستحقاق، والاتفاق على الإعفاء من ضمان العيوب الخفية.

أولا: الاتفاق على الإعفاء من ضمان الاستحقاق

من التطبيقات التشريعية التي وردت في عقد البيع ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (445) مدني مصري من أنه:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان". وجاءت الفقرة الأولى من المادة (467) من المشروع، مطابقة للفقرة الأولى من النص المصري. فيما جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة (445) مدني مصري:" ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي" وقد جاء المشروع بحكم مطابق، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة (467) منه.

ويلاحظ أن تعمد إخفاء حق الأجنبي، هو تطبيق من تطبيقات (الغش) التي لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية منها.

وأرى أنَّ هذا النص معيب، فهو يفسح المجال للبائع سئ النية للتهرب من التزامه بضمان الاستحقاق، ذلك أن النص وكما هو وارد فيه، يشترط –حتى لا يرتب شرط الإعفاء آثاره– أن يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي، وبمفهوم المخالفة، فإن شرط الإعفاء لا يرتب آثاره إذا لم يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي، الأمر الذي يعد معيبا من جانبين:

الجانب الأول: صعوبة الإثبات

ذلك أن إثبات نية البائع (بتعمد الإخفاء) مسألة صعبة المنال، بل ويمكن القول بأنها مستحيلة. مما يترتب عليها تخلص البائع من مسؤوليته.

الجانب الثاني: الإخلال بواجب الإعلام

مثل هذا النص يتعارض بشكل بيّن مع التزام البائع بالإعلام[278]، الذي يعد تطبيقا للمبدأ الراسخ في العقود القاضي بالتزام حسن النية في العقود[279]. ووجه التعارض، أن المشتري

---

[278] في تفصيل الالتزام بالإعلام في عقد البيع: جميعي، حسن: مرجع سابق، ص185 وما بعدها.

[279] شنب، لبيب محمد: **دروس في نظرية الالتزام**، 1975، ص154.

عندما يشتري شيئاً من آخر إنما يفترض في البائع أن يعلمه بالوضع القانوني للشيء محل العقد[280].

ويعد عدم قيام البائع بهذا الالتزام هو من قبيل التدليس الذي يسمح بإبطال العقد[281]. وقد نصت على ذلك المادة (2/125) مدني مصري:" ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[282]. ويسمى هذا النوع من التدليس (تدليس بالكتمان أو السكوت)[283].

ويترتب على صحة شرط الإعفاء، سقوط الضمان، وبقاء الاستحقاق، ذلك أَن نص المادة (2/446) مدني مصري، أورد قيدين إضافيين على إسقاط الاستحقاق، والذي جاء فيه: "أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فإن البائع يكون مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى ساقط الخيار". فالبائع يبقى مسؤولا عن الاستحقاق الناشئ عن فعل الغير، إلا في حالتين، هما: أن يثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق. أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أي عالما بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطراً[284]. وفي الحالة الأخيرة يصرح المشتري أنه ينزل عن كل حق في الرجوع على البائع، وهذا معنى سقوط الخيار، لذا يرى كثير من الفقهاء أنه لا يلزم اشتراط عدم الضمان مع اشتراط سقوط الخيار، بل تكفي هذه العبارة الأخيرة للدلالة على قبول المشتري لإعفاء البائع من كل ضمان[285].

ومن الجدير قوله، هو أنه في غير هاتين الحالتين، ما ينتج أثرا هو شرط الإعفاء وحده،

---

(280) الرفاعي، احمد محمد: **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص116.

(281) السرحان وآخر، مرجع سابق، ص317. جميعي، حسن: مرجع سابق، ص173.

(282) يقابلها نص المادة (2/124) من المشروع.

(283) المذكرات الإيضاحية للمشروع، مرجع سابق، ص133.

(284) السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط**، ج4، **البيع والمقايضة**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964، ص708.

(285) الشرقاوي، جميل: **شرح العقود المدنية– البيع والمقايضة**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص309.

إنما يبقي الالتزام قائما، فبموجب النص، ما يسقط من مسؤولية البائع هو التعويض، أما الالتزام بالرد (رد قيمة المبيع) فيبقى قائما. حيث نصت المادة (2/446) من المدني المصري: " أمـا إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير فإن البائع يكون مسؤولا عن رد قيمة المبيـع وقـت الاستحقاق..."[286]. أي إن التزام البائع يقتصر على رد القيمة، فحتى في ظـل وجـود شـرط الضمان –على فرض صحته وترتيبه لآثاره– يبقى البائع ملتزما تجاه المشتري برد قيمة المبيـع وقت الاستحقاق[287]. ويلاحظ أن المشروع لم يأت بمثل هذا النص، وهو باعتقادنا نقص يجـب تلافيه، وذلك حتى لا تثور الإشكالية حول ما إذا كان ضمان الاستحقاق يشمل الثمن والتعـويض أم التعويض وحده؟! والظاهر أن المشروع فرق بين الاستحقاق وضمان الاستحقاق بدلالة المادة (465/د) منه، حيث نصت على: "إذا استحق المبيع كان للمشتري أن يطلـب مـن البـائع: د- مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق...". كما أن هذا المعنى يستشف في المشروع من خلال المادتين (466 و465) من المشروع حيث عدد الطلبات التي يجوز للمشتري أن يطلبهـا في دعوى الضـمان ودعـوى الاسـتحقاق وهمـا بـنفس المعنـى الـوارد فـي المـادتين (443و444)[288]مدني مصري.

ويرى البعض أن شرط عدم ضمان الاستحقاق، يعد أشد درجة من اشتراط عدم ضـمان الثمن عند استحقاق المبيع، لأن ضمان الاستحقاق – والكلام لأصحاب هذا الرأي– يشمل عـدة

---

(286) لا مقابل لهذا النص في المشروع.

(287) الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص309.

(288) نصت المادة (444) مدني مصري على أنه:"1- إذا استحق بعض المبيع أو وجد مـثقلا بتكليـف وكانـت خسـارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة علـى أن يرد له المبيع وما أفاده منه. 2–فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين فـي الفقرة السابقة لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق". كما نصت المادة (443) علـى أنه:" إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع: (1) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (2) قيمة الثمار التي الزم المشتري بردها لمن استحق المبيع. (3) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشـتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية. (4) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة 440. (5) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع. كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيـا علـى المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".

عناصر للتعويض من بينها الثمن[289]. وأرى-مع الاحترام لهذا الرأي- أنه يخلط بين عبارة (ضمان الثمن) الواردة في المدني الأردني، وهي عبارة تعني الالتزام برد الثمن عند الاستحقاق، وبين (ضمان الاستحقاق) الذي يقصد به مسؤولية البائع عن التعويض الناشئ للمشتري نتيجة للاستحقاق، فالأول يدخل في الالتزامات، فيما الثاني يدخل في المسؤولية. ولا يدخل الالتزام بالثمن في ضمان الاستحقاق، فالأول -باعتقادي- أَشد من الثاني، وقد رتب القانون على عدم ضمان الثمن -عند من يأخذون بمرتبة الفساد في العقد- فساد العقد[290]. فالثمن التزام رئيسي في العقد لا يصح الإعفاء منه[291].

وعليه، فإن ما توصل إليه الأستاذ الفاضل بأن القانون المدني الأردني لا يجيز الإعفاء من ضمان الاستحقاق -بدلالة أنه أشد درجة من عدم ضمان الثمن، والقانون الأردني لا يجيز الإعفاء من ضمان الثمن- هو استنتاج جانب الصواب فيما توصل إليه.

أما المشرع المصري فقد أجاز الإعفاء من الالتزام بالثمن في الحالتين اللتين ذكرناهما، وهما: أن يثبت البائع أَن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق. أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أي عالما بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطراً [292]، وحسنا فعل المشروع بعدم أخذه بهذا الحكم من المدني المصري، لأنه حكم يتعارض مع القواعد العامة للعقد، وفيه إثراء على حساب الغير بغير سبب قانوني.

قلت فيما سبق، إنه إذا تعمد المشتري إخفاء استحقاق المبيع، فلا يصح تبعا لذلك شرط الإعفاء. لكن ما الحكم إذا كان الاستحقاق عبارة عن حق ارتفاق؟

---

(289) من هذا الرأي الأستاذ يوسف الزعبي، للاستزادة يمكن الرجوع إلى مؤلفه: **عقد البيع في القانون المدني الأردني**، ط1، 1993، ص393.

(290) جاء في المادة (1/506) مدني أردني:" لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط".يقابله نص المادة (492) من مرشد الحيران. راجع: باشا، محمد قدري: كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط4، القاهرة، المطبعة الأميرية،1931، ص124.

(291) في تبيان عناصر ضمان الاستحقاق: السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص660.

(292) وموقف المدني المصري في ذلك مخالف لموقف الفقه الإسلامي، الذي نص على حق المشتري دوما بالرجوع بالثمن عند الاستحقاق ولو كان هذا المشتري عالما بأن المبيع ليس ملكا للبائع. وهو ما جاء في المادة (494) من مرشد الحيران.

أجابت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (445) مدني مصري[293]، بأنه:" ويفترض في حق الارتفاق إن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري". ويلاحظ من مطالعة النص أنه يسقط الضمان الناشئ عن وجود حق ارتفاق في حالتين:

الأولى: أن يكون حق الارتفاق ظاهرا وقت البيع على نحو يستطيع المشتري رؤية معالمه وقت معاينة المبيع، أي إن مجرد ظهور الارتفاق يعد قرينة على وجود اتفاق إسقاط الضمان، سواء علم المشتري أم لم يعلم بحق الارتفاق.

الثانية: أن يقوم البائع بإعلام المشتري بوجود حق الارتفاق، وقت إبرام العقد، ولا يكفي أن يعلم المشتري بوجود الارتفاق من نفسه أو عن طريق شخص آخر، ولا يكفي أن يكون الارتفاق مسجلا، فتسجيل ارتفاق لا يعفي البائع من الضمان[294].

وقد أضاف المشروع فقرة رابعة لنص المادة(467) جاء فيها:" وكذلك يقع باطلا كل شرط يقضي بعدم ضمان البائع عن الاستحقاق الناشئ عن فعله ولو لم يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي". وهذه الفقرة تقابل المادة (1/446) مدني مصري. وبناء عليه لا يجوز إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق الناشئ عن فعله، فإذا أبطل سند ملكية البائع للمبيع لإكراه أو تغرير[295] صادر منه، أو قيام البائع ببيع المبيع إلى مشتر ثان، في هذه الحالات فإن سبب الاستحقاق يكون راجعا إلى فعل البائع، والبائع يبقى ملتزما بالضمان رغم شرط الإعفاء[296]. فإذا استحق المبيع التزم البائع برد قيمته للمشتري مع كافة التضمينات[297].

---

[293] بنفس المعنى نص الفقرة الثانية من المادة (467) من المشروع.

[294] منصور، محمد حسين: **شرح العقود المسماة (في مصر ولبنان)**، ج1، **البيع والمقايضة**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1995، ص156.

[295] يشترط القانون المدني الأردني حتى يعتد بالتغرير أن يكون مقترنا بغبن فاحش. وقد جاء في المادة (145) مدني أردني:" إذا غرر احد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد".

[296] أبو دلو، بدر محسن عواد: **ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، 2000، ص198-199.

[297] منصور، محمد: شرح العقود المسماة، مرجع سابق، ص129.

ويرى البعض أنه حتى في حالة الغلط، -أي وقوع المتعاقد الآخر بالغلط في العقد الأول الذي بموجبه انتقل المبيع إلى البائع الحالي- يكون البائع الحالي مسؤولا عن الضمان لأن ضمان الاستحقاق هنا تم بفعله[298]. وأرى -مع الاحترام لهذا الرأي- أنه في حالة الغلط لا يمكن القول إن الاستحقاق نشأ عن فعل البائع، فلما كان الذي وقع في الغلط هو المتعاقد الآخر، فأبطل البيع لهذا السبب فاستحق المبيع من يد المشتري الأول والثاني على السواء، فلا يكون للبائع(المشتري الأول) يد في الاستحقاق. وبالتالي فإنني أرى أنه في هذه الحالة يرتب الشرط أثره، ولا يعد البائع ضامنا للاستحقاق، بل فقط يكلف برد قيمة المبيع، وإنما يكون البائع مسؤولا عن الضمان إذا كان يعلم بسبب الاستحقاق وتعمد إخفاءه. ذلك إن الضمان في هذه الحالة يتعلق بالاستحقاق للغير وليس له هو.

ثانيا: الاتفاق على الإعفاء من ضمان العيب الخفي

يقصد بالعيب صفة في الشيء يخلو مثلها منها عادة وينتقص وجودها من قيمته[299]. ويعتبر الشيء معيبا إذا لحقه تلف عارض يجعله في غير الحال التي يكون فيها في الوضع العادي، وهذا لا يعني أن تقدير وجود العيب أو انتفائه يكون تقديرا ثابتا في جميع الأحوال، إذ يختلف هذا التقدير باختلاف النظرة إلى الشيء، فقد يكون الشيء سليما على ضوء غرض معين، ويكون معيبا على ضوء غرض آخر[300]. وقد عرفت محكمة ا لنقض المصرية الموقرة العيب بأنه:"الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"[301].

ويشترط في العيب حتى يعتد به أن يكون **مؤثرا**، وفي ذلك تقول المادة (1/447) مدني مصري:" ... أو كان في المبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له ..." وقد أخذ

---

[298] أبو دلو، بدر: مرجع سابق، ص198.

[299] شنب، محمد لبيب: **شرح أحكام عقد البيع**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1975، ص219.

[300] الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص312-313.

[301] نقض 8 ابريل سنة 1948، مجموعة القواعد القانونية، ج5، رقم 296، ص587. مشار إليه: سلطان، أنور: **العقود المسماة-شرح عقدي البيع والمقايضة**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980، ص252.

المشروع بذات الحكم في المادة (1/468) منه. وبحسب النص فإن العيب يجب أن ينقص من قيمة الشيء، أو نفعه، فلا يعد العيب مؤثرا إن لم ينتقص من قيمة الشيء أو نفعه، ويكون العيب غير مؤثر أيضا إذا جرى العرف على التسامح فيه[302].

ويشترط كذلك أن يكون العيب **قديما**، أي يكون العيب موجودا في المبيع قبل أن يتسلمه المشتري من البائع، وعليه فإن البائع يكون مسؤولا عنه إذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم، كذلك إذا رجع سبب العيب إلى ما قبل التسليم فإنه يعد وكأنه حدث قبل التسليم ويأخذ حكمه[303].

كما ويشترط في العيب أن يكون **خفيا**، أي لا يستطيع المشتري اكتشافه بالفحص العادي، وقد نصت المادة (2/447) مدني مصري على أنه:" ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه"[304].

ودعوى ضمان العيب كما هو الحال في دعوى الاستحقاق –التي تشتمل على دعوى استحقاق ودعوى ضمان–، فإن دعوى ضمان العيب تشتمل –باعتقادنا– على دعوى العيب ودعوى التعويضات الملازمة لها، وهذا لا يعني أن الدائن ملزم برفع دعويين، بل قد يكون ذلك في دعوى واحدة تشتمل على كل الطلبات، إلا إن الإعفاء من الضمان يشمل قيمة العيب أو الرد وقيمة التعويضات على حد سواء، وفي ذلك تقول المادة (450) مدني مصري:" إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة

---

(302) بهذا المعنى: المادة (448) مدني مصري، يطابقها نص المادة (469) من المشروع.

(303) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص722–723. وقد جاء في المادة (473) من المشروع:" (1) إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا إن شاء رده أو شاء قبله بالثمن المسمى والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن. (2) يعد العيب قديما إذا كان موجودا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم. (3) يشترط في العيب القديم أن يكون خفيا وهو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير، أو لا يظهر إلا بالتجربة. (4) يعد العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع".

(304) جاء المشروع بنص مطابق في المادة (2/468) منه.

444". وقد سبق تبيان نص المادة المذكورة. وأورد في المشروع نص المادة (471) التي جاء فيها:" إذا أَخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع عليه بالضمان". ويؤخذ على هذا النص جملة ملاحظات:

الملاحظة الأولى: يؤخذ على هذا النص أَنه لم يوضح ما المقصود بالضمان، فعلى خلاف النص المصري الذي أوضح إن الرجوع بالضمان يكون على أساس المادة 444 مدني مصري، لم يأت المشروع بتوضيح للضمان ولأساسه، ذلك أَنه لا يوجد بين أحكام العيوب الخفية ما يشير إلى ذلك الضمان، خاصة أَن المادة التي أوضحت الضمان وعناصره هما المادتان (466و465) من المشروع السابق الإشارة اليهما، وهما تتعلقان بضمان الاستحقاق، مما يثير السؤال حول إذا ما تبنى المشروع نفس الحكم الوارد في المدني المصري أم لا!.

الملاحظة الثانية: وتتعلق هذه الملاحظة بما جاء في المذكرات الإيضاحية، فقد جاء في المذكرات الإيضاحية لنص المشروع: "... والوقت الملائم المذكور في هذه المادة يقصد به المدة المعقولة..."[305]. وهذا التفسير -مع الاحترام- غير دقيق، ذلك أَن المدة للإخطار محددة في العيوب الصناعية بشهر واحد، بصريح المادة (481) من المشروع. أما في العيوب الأخرى، فإن المدة التي يجب فيها الإخطار هي (مجرد ظهور العيب) وقد جاء هذا الحكم صريحا في المادة (470) من المشروع. وفي هذه الحالة الأخيرة يصح القول بأَن الإخطار يجب إرساله للبائع في مدة معقولة، ذلك أَنه لا يتصور إرسال الإخطار بمجرد ظهور العيب، دون بعض التراخي المعقول في عرف الناس.

الملاحظة الثالثة: وهي أيضا تتعلق بالمذكرات الإيضاحية، حيث ورد فيها:" .. يتطابق حكم هذه المادة مع المادة 450 من القانون المدني المصري". بينما الفرق واضح بين النصين، فالمصري يحيل إلى مادة أخرى تفصل في أحكام الضمان، فيما نص المشروع جاء خاليا من هذه الإحالة.

وقد أجاز المدني المصري والمشروع الاتفاق على الإعفاء من الضمان الناتج عن العيب الخفي، وفي ذلك نصت المادة (453) مدني مصري على أَنه:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن

---

[305] المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص550.

يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه"[306]. يتضح من هذه المادة أنه يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان أو الإعفاء منه. مما يعني -من وجهة نظر الكثير من الفقهاء- أن يستبقي المشتري المبيع المعيب دون أن يستطيع الرجوع على البائع بأي تعويض بما في ذلك قيمة المبيع أو جزء منه[307]. فيما يرى البعض الآخر أن أثر الاتفاق على إسقاط الضمان ينحصر في استبعاد المسؤولية الناجمة عن ظهور العيب محل الضمان ويبقى الالتزام بالضمان قائما[308].

وأرى أن الحكم القانوني الوارد أعلاه لا يقيم فرقا بين التعويضات من جهة، وبين قيمة المبيع أو جزء منه أو رده للبائع من جهة ثانية، فكلاهما يسقطان بشرط الإعفاء الصحيح. ما نستنتج منه أن (الإعفاء من ضمان العيوب الخفية) هو في حقيقته، يجمع عنصرين؛ فهو يجمع بين المسؤولية من جهة، وبين (الضمان) باعتباره التزاماً من جهة أخرى، وإلا كيف نفسر أن الإعفاء من الضمان يؤدي إلى الإعفاء من الالتزام الأصلي، وهو تسليم شئ صالح للغرض المعد له أو المتفق عليه. كما أن استعمال مصطلح الضمان في هذا السياق جاء ليعبر عن نظام مختلف عنه في ضمان الاستحقاق، فهذا الأخير يعني أساسا الدفاع عمن يتقرر له الضمان عندما يهدد أحد الأغيار حقوقه، ومن يضمن العيب لا يلتزم بأن يدافع عن المتعاقد الآخر في تعرض يحدث له[309].

كما أعتقد بأن الإعفاء من ضمان العيوب، لا يعد تطبيقا من تطبيقات شرط الإعفاء من المسؤولية[310]، وإنما تسقط المسؤولية في هذا النظام تبعا لسقوط الالتزام الأصلي المضمون،

---

[306] جاء نص المادة (479) من المشروع مطابقا لهذا النص.

[307] تناغو، سمير عبد السيد: **عقد البيع**، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، دون سنة، ص332. الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص333. سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص277. منصور، محمد: شرح العقود المسماة، مرجع سابق، ص173.

[308] جميعي، حسن: شروط التخفيف، مرجع سابق، ص15.

[309] مشار إليه: منصور، مصطفى منصور: تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع2، السنة الأولى، 1959، ص555.

[310] من هذا الرأي: زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص48.

حيث لا يتصور قيامها إذا لم يكن هناك التزام تم الإخلال به، جريا على قاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع[311]. وقاعدة التابع تابع ولا يفرد بالحكم[312].

ويذهب الفقيه الفرنسي دوران إلى أن شرط الضمان لا يهدف إلى استبعاد المسؤولية المبنية على قواعد قانونية ثابتة، وإنما يجد المدين نفسه غير مسؤول لأن شرط الإعفاء من الضمان منع ظهور المسؤولية أصلا بمنعه لعناصر نشوئها وظهورها[313]. وأؤيد هذا الرأي، فهو باعتقادي الأصوب، وهو يتماشى مع ما ذهبت إليه بأن ضمان العيب هو التزام، ينتج عن الإخلال به مسؤولية، فلا يتصور وجودها إن لم يوجد ذلك الالتزام.

وأرى أنه يجوز للطرفين الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وحدها، ليس بموجب أحكام الضمان الخاصة بعقد البيع، بل بموجب القاعدة العامة في الإعفاء من المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادة (2/217) مدني مصري ومقابلها في المشروع نص المادة (1/238)، فإذا اتفق الطرفان على عدم مسؤولية البائع عن الأضرار المادية التي تلحق المشتري جراء العيب الخفي، فإن مثل هذا الشرط يسقط المسؤولية وحدها، أي لا يستطيع المشتري الرجوع بالتعويضات، أما باقي عناصر ضمان العيب الخفي فتبقى قائمة. ومثل هذا الشرط أن يشترط البائع (في حالة وجود عيب في المبيع يتم الكشف عنه بعد الشراء وفي مدة الضمان فإن المشتري يصبح بالخيار بين أن يرد المبيع ويسترد قيمته وبين أن يحتفظ بالمبيع مع تعويضه عن الفرق بين ثمن المبيع سليما وبين قيمته مقدرة مع وجود التلف أو العيب..)[314]. إلا أن شرطا كهذا -باعتقادنا- غير كاف لاستبعاد المسؤولية، فلا يعد شرط إعفاء، لأنه ورد في صورة غير واضحة، وأرى أن شرط الإعفاء يجب أن يكون واضحا لا أن يستنتج من عبارات تعتبر غامضة بالنسبة للمشترى، فهي تحرم المشتري من الرجوع بدعوى المسؤولية، فلا يستحق تعويضا، لذا يجب أن يرد مثل هذا الشرط بوضوح وصراحة لأنه يخالف الأصل.

---

(311) المادة (50) من المجلة.

(312) المادة (48) من المجلة.

(313) مشار إليه: جميعي، حسن: مرجع سابق، ص12.

(314) فرج، توفيق حسن: **عقد البيع والمقايضة**، المكتب المصري الحديث للطباعة، 1979، ص515.

وإن كانت القاعدة العامة في شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية هو صـــحتها، إلا أَن هذه القاعدة ليست مطلقة؛ فقد جاء في المادة (453) مدني مصري أَنه:"... على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه"[315]. ويتضح من النص أَنه في حالة إخفاء البائع للعيب غشا، فإن شرط إنقاص الضمان أو الإعفـــاء منه يبطل. فيجب حتى يبطل الشرط أن يتعمد البائع إخفاء العيب، أما إذا علم بالعيب ولم يتعمـــد إخفائه فالشرط يرتب أثره[316]. ويعد إحداث البائع عيبا في المبيع خصوصا بعد اشتراط الإعفاء، غشا يؤدي إلى إهمال شرط الإعفاء، وتخويل المشتري حق الرجوع بالضمان رغم الشرط[317].

الفرع الثاني: عقد الإيجار

جاء في المادة (578) مدني مصري:" يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان". وقد أورد المشروع نصا مطابقا هو نص المادة (632) منه. إلا أَن المدني المصري لم ينص على جزاء مخالفة ضمان التعرض والاستحقاق في عقد الإجارة، مما يستدعي تطبيق القواعد العامة بهذا الشأن[318]، أي أَنه يكون للمستأجر إما أن يطلب التنفيذ العيني، وإما أن يطلب الفسخ، ويطالب بالتعويض في جميع الأحوال إن كان له مقتضى. وله أيضا أن يطالب بإنقاص الأجرة في حالة العيب[319].

وقد أجاز النص الوارد أعلاه الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حـــالتي التعـــرض والاستحقاق والعيب الخفي، ويرى البعض أَن النص يجيز أن يتفق الأطراف على عـــدم التـــزام المؤجر بالتنفيذ العيني[320]. وأرى عدم جواز ذلك لسببين؛ الأول: مثل هـــذا الاتفـــاق يخـــالف

---

(315) جاء نص المادة (479) من المشروع مطابقا لهذا النص.

(316) بهذا المعنى: منصور، محمد: شرح العقود المسماة، مرجع سابق، ص174.

(317) الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص333-334.

(318) الدروي، فهمي والطنطاوي، طارق: **عقد الإيجار في القانون المدني**، مركز الأبحاث والدراسات القانونيـــة، 1998، ص162.

(319) تناغو، سمير السيد: **عقد الإيجار**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص206.

(320) تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص206.

الالتزامات التي رتبها العقد بصورة مباشرة وهو ما لا يجوز. الثاني: أن مثل هذا الاتفاق يجعل تنفيذ الالتزام متوقفا على إرادة المدين وحدها وهو أمر غير جائز، فكما لا يجوز تعليق الالتزام على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم- وهو ما نصت عليه المادة (267) مدني مصري[321]- لا يجوز أيضا أن يكون تنفيذ الالتزام متوقفا على محض إرادة المدين. وإلا فقد الحكم القانوني الوارد في المادة (267) مدني مصري قيمته. ناهيك عن أن اتفاقا كهذا يهدر العقد ويفرغه من قيمته.

والاتفاق على الإعفاء من التعرض والاستحقاق جائز في عقد الإجارة، إلا أن يكون المؤجر قد أخفى سبب الضمان عن غش منه، ولا يكفي علم المؤجر بسبب الضمان فيكون الشرط صحيحا طالما لم يخفه غشا[322].

الفرع الثالث: عقد المقاولة

من تطبيقات القيود التشريعية على شرط الإعفاء، ما يسمى بالضمان العشري في عقد المقاولة، حيث جاء في المادة (1/651) مدني مصري: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات"[323]. وجاء في المادة (653) مدني مصري:" يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"

يلاحظ أن ضمان المقاول والمهندس المتعلق بمتانة البناء، غير جائز الاتفاق على الإعفاء منه أو تخفيفه، وذلك على خلاف الأصل العام الذي يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها. وقد نص المشروع على نفس الحكم في المادة (746) منه.

---

(321) نص المشروع على ذات الحكم في المادة (281) منه.

(322) طلبة، أنور: **عقد الإيجار**، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1999، ص314. أبو السعود، رمضان: **العقود المسماة- عقد الإيجار (الأحكام العامة في الإيجار)**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص530.

(323) يطابق نص المادة (1/744) من المشروع.

ويرجع السبب في هذا التشدد تجاه المقاول والمهندس على ما جاء في الأعمال التحضيرية للمدني المصري إلى:" أن فئة المقاولين والمهندسين هي صاحبة الخبرة الفنية والأقوى دائما في فرض شروطها. إذ لو سكت المشرع عن بطلان الاتفاقات المسبقة على الإعفاء لاستطاع المقاولون والمهندسون فرض شروطهم المسبقة في العقد والتنصل من المسؤولية"[324].

إلا أنه يجوز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق أسبابه، فإذا انكشف عيب في البناء يتحقق به الضمان جاز لرب العمل أن ينزل عن حقه بالرجوع على المقاول أو المهندس بسبب هذا العيب[325].

ويرى البعض وبحق، أن اتفاقات الإعفاء ستؤدي إلى الأضرار بالناس والى عدم تحرز المقاولين والمهندسين في تصرفاتهم[326].

الفرع الرابع: عقد النقل

نظم قانون التجارة المصري، أحكام شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، التي تترتب في ذمة الناقل لمصلحة الشاحن، وقد سار مشروع قانون التجارة الفلسطيني على هديه، فنظم هذا الشرط بنصوص خاصة، وهو ما سأبحثه فيما يلي. حيث أتناول تحديدا شرط الإعفاء من مسؤولية الناقل في النقل البري والجوي والبحري، في عقدي نقل الأشياء ونقل الأشخاص. وذلك في النقل الداخلي.

البند الأول:عقد النقل البري

أتناول عقدي نقل الأشياء والأشخاص كما يلي:

---

[324] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج5، ص30. بنفس المعنى: المذكرات الإيضاحية للمشروع، مرجع سابق، ص788.

[325] السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة،بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964،ص143.

[326] حسين، شريف: مرجع سابق، ص162.

أولا: نقل الأشياء

قد يلجأ الناقل، إلى وضع شروط في عقد النقل، بموجبها يعفي نفسه من المسؤولية عن الهلاك الكلي أو الجزئي للبضاعة[327]. وقد أجاز المدني المصري ومشروع المدني الفلسطيني هذه الشروط كما مر بنا.

وكان قانون التجارة المصري الملغى، يجيز شرط الإعفاء، حيث نص في المادة (92) منه على جواز الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية جراء تلف البضائع والأعيان.

وبصدور قانون التجارة المصري الجديد[328]، استحدثت المادة (245) منه حكما جديدا، فجاء فيها:" يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء كليا أو جزئيا". وقد تبنى مشروع قانون التجارة الفلسطيني هذا التوجه مستفيدا من قانون التجارة المصري، حيث نص مشروع قانون التجارة على هذا الحكم في المادة (1/275) منه[329]. التي جاءت مطابقة لنص قانون التجارة المصري. وقد جاء في المذكرات الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني:" ويعتبر هذا الحكم القانوني قاعدة قانونية آمرة متعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها"[330].

وقد اعتبر قانون التجارة المصري، الحالات التالية من قبيل شرط الإعفاء الباطل، وذلك بنص المادة (2/245) منه، التي جاء فيها:" ويعد في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل، وكذلك كل شرط يقضي بنزول المرسل أو المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين ضد مخاطر النقل". وقد نص مشروع قانون التجارة الفلسطيني على نفس الحكم في المادة

---

(327) سامي، فوزي محمد: **شرح القانون التجاري**، ج1، **مصادر القانون التجاري- الإعمال التجارية-التاجر- المتجر- العقود التجارية**، ط1، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص258.

(328) قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999. ونشير إليه لاحقا (تجارة مصري).

(329) لم يورد قانون التجارة الأردني حكم شرط الإعفاء فيما يتعلق بعقد نقل الأشياء.

(330) المذكرات الإيضاحية لمشروع قانون التجارة، إعداد: الأستاذين أمين دواس وغسان خالد، ديوان الفتوى والتشريع، 2004، ص241.

(2/275) منه. وعليه فإن الشرط الذي يلزم المرسل، أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقــات التأمين ضد مسؤولية الناقل، أو يقضي بنزول المرسل أو المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة ضد مخاطر النقل، مثل هذه الشروط تعد في حكم شرط الإعفاء وتبطل تبعا لهــذا الحكــم[331]. ولكن ما هو الحكم إذا تضمنت الأجرة المتفق عليها أقساط التأمين (تحايلا) على القانون؟

يعتقد البعض أن قانون التجارة المصري، ترك الباب مفتوحا لمثل هذا التحايل، فقد جاء في المادة (1/264/أ) تجارة مصري[332]، بأنه يجوز تحديد مسؤولية الناقل بما لا يقل عن ثلــث قيمة البضاعة. وعليه فإن دعوى الدائن بقسط التأمين المستتر لن تنجح رغم تعلق نص المــادة (245) تجارة مصري، بالنظام العام[333]. وأرى –مع الاحترام– وعلى العكس من هذا الــرأي، بأن قسط التأمين الذي قد يضاف إلى أجرة النقل بشكل مستتر يمكن المطالبة بتخفيضه في دعوى يطلب فيها الدائن إنقاص التصرف الباطل فيلجا إلى دعوى مستندة إلى نص المادة (143) مدني مصري طالبا إنقاص الالتزام، في شقه الباطل، وعليه هنا أن يثبت أن ما دفعــه فــوق الأجــرة العادية يعد من قبيل أقساط التأمين التي يأخذ حكمها حكم شرط الإعفاء(البطلان) بموجب المادة (245) تجارة مصري، التي تبطل مثل هذا الشرط. لكن قد يقال ما هو الأساس القانوني لمثــل هذا الرأي؟

أرى أن المادة (245) تجارة مصري، جاءت واضحة في أنها تتعلق بالنظام العام، أمــا شرط تحديد المسؤولية إلى ثلث التعويض فهو حالة مختلفة، ولا يجوز أن يكون من بينها زيــادة أقساط التأمين، ذلك إن نص المادة (246) تجارة مصري، لم يجز النزول بالتعويض حتى الثلث فحسب بل واشترط كذلك أن يكون شرط تحديد المسؤولية واضحا، وعليه فإن شــرط التحديــد للمسؤولية الذي لا يكون واضحا فيما يرمي إليه من تخفيف من مسؤولية الناقل لا يعتد به.

وقد أضاف مشروع قانون التجارة الفلسطيني حالة أخرى تعد من قبيل شــرط الإعفــاء

---

(331) للاستزادة يمكن الرجوع إلى: طه، مصطفى كمال: **العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة1999**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص189.

(332) ومقابلها المادة (1/276/أ) من مشروع التجارة.

(333) مراد، عبد الفتاح: شرح العقود التجارية والمدنية، د.م، د.ن، د.س، ص421.

وتأخذ حكمه، حيث جاء في المادة (2/275) منه:"…. وكذلك كل شرط يقضي بنقل عبء الإثبات من الناقل إلى الطرف الأخر". ويتضح مدى أهمية هذا النص في أن الإثبات في عقد النقل قد يكون مستحيلا في أحيان كثيرة، فمن الصعب بل ومن المستحيل في أحيان معينة أن يتحمله المرسل أو المرسل إليه، ذلك أنه لن يكون في مقدورهم إثبات خطأ الناقل، إلا أن القواعد العامة تسهل عليهم هذه المهمة، فالأصل أن الناقل مسؤولا إلا إذا اثبت العكس، وفي ذلك تقوم قرينة قانونية مفادها أن الأصل في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي أن يكون الناقل مسؤولا عنه، إلا إذا أثبت أنه ليس مسؤولا، وفي ذلك تقول المادة (244) تجارة مصري:"1- لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته عن هلاك الشيء محل النقل أو تلفه أو التأخير في تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه. 2- إذا أثبت الناقل أحد الأمور المذكورة في الفقرة السابقة جاز للمدعي نقض هذا الإثبات بإقامة الدليل على أن الضرر لم يحدث بسببه"[334]. يلاحظ من مطالعة هذا النص أن المشرع قرر لمصلحة المرسل إليه والمرسل قرينة قانونية، وذلك تسهيلا عليهم، ونقول بحق إن اعتبار الشرط الذي ينقل عبء الإثبات في حكم شرط الإعفاء هو نهج صائب، وذلك بسبب صعوبة بل واستحالة الإثبات في أحيان كثيرة.

كما وأنه لا يجوز إعفاء الناقل من المسؤولية عن أعمال تابعيه التي تقع منهم أثناء قيامهم بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل. وهو ما نصت عليه المادة (213) تجارة مصري التي جاء فيها:"1- تشمل مسؤولية الناقل أفعاله وأفعال تابعيه التي تقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. 2-ويعتبر تابعا كل شخص يستخدمه الناقل في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل. 3- ويقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن أفعال تابعيه"[335]. وبموجب هذا النص لا يجوز إعفاء الناقل من أخطاء تابعيه، وذلك على خلاف الحكم المقرر في القانون المدني الذي يجيز الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على أخطاء التابعين، ولو صدر عنهم خطأ جسيم أو غش. وأرى أن توجه المشرع التجاري أفضل، ويتناسب مع التكييف السليم

[334] أخذ مشروع التجارة الفلسطيني بهذا الحكم في المادة (274) منه.

[335] أخذت بنفس الحكم المادة (243) مشروع تجارة.

لخطا التابعين والذي يعد في الحقيقة خطا شخصي، صادر عن المدين.

إلا أَن بطلان شرط الإعفاء لم يأت مطلقا، فيجوز مثل هذا الشرط في حالة التأخير[336]، حيث جاء في المادة (1/246/ب) تجارة مصري:" يجوز للناقل: أَن يشترط إعفاءه كليا أو جزئيا من المسؤولية عن التأخير.."[337].

إلا أَن شرط الإعفاء في هذه الحالة الأخيرة يشترط فيه؛ الكتابة في وثيقة النقل وإِلا اعتبر كأن لم يكن. أما إذا كان عقد النقل محررا على نموذج مطبوع فيجب أن يكون؛ واضحا ومكتوبا بكيفية تسترعي الانتباه، وإلا جاز للمحكمة اعتبار مثل هذا الشرط كأن لم يكن. وهو ما نصت عليه المادة (2/246) تجارة مصري[338].

ويلاحظ أن قانون التجارة المصري، وكذلك مشروع التجارة، اعتبرا أن مخالفة الكتابة والوضوح، تؤديان إلى اعتبار الشرط كأن لم يكن، وهذا يعني -باعتقادنا- أن الشرط لا يعتبر باطلا فحسب، بل أن مثل هذا الشرط لا يعتبر موجودا، مما يعني أَنه حتى لو كان مثل هذا الشرط دافعا للتعاقد من قبل الناقل فلا يعتد به من أجل إبطال التصرف بكليته.

وأرى أن هذا التشدد، والذي أؤيده فيما يتعلق بعلاقة الناقل التاجر بالمستهلكين من غير التجار، لا ضرورة له فيما يتعلق بعلاقات التجار بين بعضهم. كما لا أجد له ضرورة فيما يتعلق بعقد النقل إذا كان الناقل غير تاجر، ذلك أَن عقد النقل البري لا يكون تجاريا إلا إذا كانت مزاولته على وجه الاحتراف[339]. وذلك على خلاف النقل البحري و الجوي اللذين يعتبران تجاريين بطبيعتهما[340]. ففي حالة النقل البري إذا كان الناقل غير تاجر، وفي حالة النقل بين التجار أرى الاكتفاء ببطلان شرط الإعفاء دون اعتبارها (كأن لم تكن).

ونشير إلى أنه لا يجوز شرط الإعفاء حتى عن حالة التأخير إذا صدر غش أو خطأ

---

(336) للاستزادة في ذلك يمكن الرجوع إلى: طه، العقود التجارية، مرجع سابق، ص189-190.

(337) وقد أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم في المادة (1/276/ب) منه.

(338) المادة (2/276) مشروع تجارة.

(339) المادة (5) مشروع تجارة.

(340) المادة (6) مشروع تجارة.

جسيم من قبل الناقل أو تابعيه، وهو ما نصت عليه المادة (3/246) تجارة مصري[341].

وتذهب قوانين النقل بواسطة السكك الحديدية السارية في قطاع غزة إلى عدم تحميل الناقل (وهو على الأغلب ناقل حكومي أو متعهد تعينه الحكومة) أية مسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالشاحن بسبب التأخير حيث جاء في المادة (20/أ/1و2) من نظام سكك الحديد (المعدل)[342] لسنة 1948 بأنه:" أ-(1) تكون مواعيد سير القطارات المدرجة في أي جدول مواعيد أصدرته الإدارة خاضعة للتغيير في أي وقت دون إشعار (2) لا تتعهد الإدارة بقيام القطارات أو وصولها في الموعد المحدد في جدول المواعيد".

ثانيا: نقل الأشخاص

انقسم الفقه في إجازة شرط الإعفاء عن الأضرار التي تصيب المتعاقد في جسده إلى فريقين؛ فريق يرى بجواز مثل هذه الاتفاقات بشرط أن تقتصر على الأخطاء اليسيرة، إلا أنهم أجازوا الخيرة بين المسؤوليتين. وفريق يرى بعدم جواز هذه الاتفاقات فيما يتعلق بجسد الإنسان، لأن جسد الإنسان وكيانه لا يجوز أن يكونا محلا لاتفاقات خاصة[343]. علما أنه بموجب المادة (217) من المدني المصري يجوز الإعفاء مطلقا سواء تعلق بأضرار مادية أو جسدية[344].

وقد حسم قانون التجارة المصري هذه المسألة بالنص على بطلان شروط الإعفاء، التي يقصد منها إعفاء الناقل من مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بكيان الراكب. حيث جاء في المادة (1/267) تجارة مصري:" يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل كليا أو جزئيا من المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية"[345]. ويأتي هذا التوجه التشريعي متأثرا – باعتقادنا- بقانون الموجبات والعقود اللبناني الذي نص على عدم جواز شرط الإعفاء في حالة

---

[341] المادة (3/276) مشروع تجارة.

[342] منشور في: الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) العدد: 1645الصفحة: 155 في 1948/2/5.

[343] لمزيد من التفصيل: المقدادي، عادل علي عبد الله: **مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص (دراسة مقارنة)**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص216-219.

[344] بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص110.

[345] تبنى مشروع قانون التجارة هذا الحكم في المادة (1/297) منه.

الأضرار البدنية[346]. كما أنه تقنين لما درج عليه الفقه والقضاء، من أن هذه الاتفاقات تعد باطلة، فقد ذهب القضاء والفقه المصريان إلى وضع هذا الالتزام في إطار العلاقة العقدية تسهيلا على الراكب في عبء الإثبات الذي إن لم يكن صعبا يكون مستحيلا، إذا رجع الراكب على الناقل بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية[347].

وقد جاء في المادة (1/264)[348]من قانون التجارة المصري:" يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل. ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل من هذا الضمان"[349]. وباعتقادنا فإن النص على ضمان السلامة كالتزام مستقل، إنما مرده إلى أن الفقه والقضاء، هم الذين أوجدوا هذا الالتزام من الناحية العملية، فمحكمة النقض المصرية درجت في غير قرار على النص على هذا الالتزام، فجاء في قرار لها:" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ من قوة قاهرة أو خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير على أنه يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسئولية إعفاءً كاملا ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه، وأن يكون هذا

---

[346] نصت المادة (139) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: "إن البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة معمولا بها على قدر إبرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطؤه غير المقصود، ولكن هذا الإبراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص إذ أن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق". لمزيد من التفصيل في عدم جواز الإعفاء من الأضرار البدنية في قانون الموجبات والعقود اللبناني: نخلة، موريس: **الكامل في شرح القانون المدني، ج3**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة، ص63-64.

[347] لمزيد من التفصيل: علي، وجدي عبد الواحد: **التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر**، ط1، 2004، ص11 وما بعدها.

[348] تقابلها المادة (1/294) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني.

[349] نصت الفقرة الثانية من المادة (264) تجارة مصري على أنه:" يشمل تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين شروع الراكب في الصعود إلى وسيلة النقل في مكان القيام ونزوله منها في مكان الوصول وفي حالة وجود أرصفة معدة لوقوف وسيلة النقل يشما تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين دخول الراكب إلى الرصيف في مكان القيام وخروجه من الرصيف في مكان الوصول. وإذا اقتضى الأمر تغيير وسيلة النقل في الطريق فلا يشمل الضمان فترة انتقال الراكب من وسيلة نقل إلى أخرى في غير حراسة الناقل أو تابعيه". أخذ مشروع قانون التجارة الفلسطيني بهذا الحكم في المادة (2/294) منه.

الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب"[350].

وقد نص قانون التجارة الأردني على الالتزام بضمان السلامة، ولكن من غير تفصيل، وهو ما يستفاد من المادة (2/77) تجاري أردني التي نصت على أنه:" وهو يوجب على الناقل إيصال المسافر سالماً إلى المحل المعين وفي المدة المتفق عليها وإذا وقع طارئ ما فإن التبعة الناشئة عن العقد تنتفي عن الناقل بإقامته البينة على وجود قوة قاهرة أو خطأ من قبل المتضرر"[351].

كما يعد في حكم شرط الإعفاء الحالات التي نصت عليها المادة (2/267) تجارة مصري، التي جاء فيها:" ويعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام الراكب بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل وكل شرط ينزل بموجبه الراكب للناقل عن حقوقه في التأمين ضد أخطاء الناقل". وقد أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم في المادة (2/297) منه. إلا أن مشروع التجارة أضاف حالة أخرى تتعلق بالشرط الذي يقضي بنقل عبء الإثبات من الناقل إلى الراكب[352]. وأعتقد بأن مشروع التجارة في هذه الحكم يفضل قانون التجارة المصري، فقد يكون عبء الإثبات هو أهم صورة يتم فيها الإعفاء بشكل غير مباشر. وهنا نشير إلى أن أحد أهم الأسباب التي دفعت القضاء الفرنسي والمصري إلى إرساء الالتزام بضمان السلامة، يعود إلى أنه كان من العسير على المضرورين أن يثبتوا خطأ الناقل، أو يقيموا الدليل عليه في أحيان كثيرة، بل أن المسافرين كثيرا ما يعجزون عن معرفة الأسباب التي أدت إلى وقوع الحادث[353].

---

[350] الفقرة الأولى من الطعن رقم 2271 لسنة 59 بتاريخ 28 / 11 / 1995 سنة المكتب الفني 46. بذات المعنى: الفقرة الرابعة من الطعن رقم 0888 لسنة 60 بتاريخ 19 / 06 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

[351] لمزيد من التفصيل: العطير، عبد القادر حسين: **الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني، ج1، الأعمال التجارية– التجار– المحل التجاري–العقود التجارية**، عمان، دار الشروق، 1993، ص365.

[352] نصت المادة (2/297) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني على أنه:" ويعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية... كل شرط يقضي بنقل عبء الإثبات من الناقل إلى الراكب".

[353] علي، وجدي: مرجع سابق، ص10–11.

وقد استثنى المشرع من الحالات التي لا يجوز فيها شرط الإعفاء فيما يتعلق بنقل الأشخاص، الحالة التي تتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تصيب الراكب. وفي ذلك نصت المادة (1/268) تجارة مصري على أنه:" يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كليا أو جزئيا من المسؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تلحق الراكب"[354]. ويلاحظ أن النص أجاز شرط الإعفاء من الأضرار التي تصيب الراكب في حالتين؛ الأولى حالة التأخير، والثانية في حالة الأضرار غير البدنية.

ويرى البعض أن الحكمة من تقرير هذا الحكم تعود إلى أن الضرر الذي يصيب الركاب يكون عادة طفيفا لا يساوي الإرهاق المترتب عن رفع دعاوى المسؤولية[355].

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التجارة:" وحيث إن الأضرار غير البدنية لا تتعلق بالنظام العام فقد أجازت الفقرة الأولى من المادة (298) للناقل اشتراط إعفائه كليا أو جزئيا من المسؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تلحق بالراكب"[356].

وأرى أنه وإن كان التأخير لا يعد من النظام العام، بدليل نص المادة (1/268) تجارة مصري، ونص المادة (1/298) مشروع تجارة، إلا أن الأضرار غير البدنية (جميعها) ليس بالضرورة اعتبارها ليست من النظام العام، ذلك أن المادة (1/245) تجارة مصري، والمادة (1/275) مشروع تجارة، المتعلقتين بنقل الأشياء نصتا صراحة على بطلان شرط الإعفاء فيما يتعلق بهلاك البضاعة الكلي والجزئي، ولما كان من المتصور أن تكون الأضرار غير البدنية تتعلق بأمتعة الراكب أو أشيائه التي لا توجد تحت حراسته، وإنما في حراسة الناقل وتابعيه[357]، فإنني أجد أن هناك تعارضا بيّن بين الحكمين. أي الحكم الذي جاءت به المادة (1/245) تجارة مصري ومقابله في مشروع التجارة، وبين الحكم الذي جاءت به المادة(1/268) تجارة مصري ومقابله في مشروع التجارة. حيث لم يجز الأول شرط الإعفاء فيما يتعلق بالأضرار في نقل

---

(354) أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم في المادة (1/298) منه.

(355) مراد، شرح العقود، مرجع سابق، ص273.

(356) المذكرات الإيضاحية لمشروع التجارة، ص260.

(357) يكون الراكب مسؤولا عن أشيائه التي تحت حراسته بعقد النقل.

الأشياء إلا في حالة التأخير. فيما أجاز الحكم الثاني شرط الإعفاء فيما يتعلق بالأضرار غير البدنية إلى جانب حالة التأخير. وغني عن البيان أن الأضرار غير البدنية تشمل الأضرار التي تلحق بأشياء الراكب. وعليه فإنني أقترح على معدي مشروع التجارة تجاوز هذا التعارض في الأحكام، بالنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء في حالة الأضرار التي تلحق الراكب إلا إذا تعلقت بالتأخير دون غيره من الأضرار غير البدنية. كما وننصح معدي مشروع التجارة بأن يستثنوا حالة أخرى من الأضرار غير البدنية، وهي التي تتعلق بعدم تخصيص المركبة لمثل ذلك النقل (النقل الذي قد ينشأ عنه ضرر بأشياء الراكب وأمتعته) وقبول الراكب رغم ذلك نقل أشيائه فيها.

ويشترط في شرط الإعفاء المتعلق بالتأخير والأضرار غير البدنية التي تصيب الراكب (مع تحفظنا على الحكم) أن يكون مكتوبا وإلا اعتبر كأن لم يكن. أما إذا كان عقد النقل محررا على نماذج مطبوعة فيجب أن يكون الشرط واضحا ومكتوبا بكيفية تسترعي الانتباه، وإلا جاز للمحكمة أن تعتبر الشرط كأن لم يكن. وقد نصت على هذا الحكم المادة (2/268) تجارة مصري[358]. على أنه ليس للناقل أن يتمسك بشرط الإعفاء في هذه الأحوال، إذا صدر غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعيه. وهو حكم المادة (3/268) تجارة مصري[359].

وقد ذهب نظام سكك حديد الحكومة (التزامات إدارة سكك الحديد نحو الركاب المسافرين بأجور مخفضة)[360] لسنة 1947 في المادة (2) منه إلى أنه:" لا تتحمل الإدارة تبعة دفع تعويضات عن الأضرار الشخصية، مميتة أكانت أو غير مميتة، التي تلحق بالركاب المسافرين في سكك الحديد بأجور مخفضة، أو عن أية خسارة أو عطب يصيب الأمتعة أو البضائع التي يصطحبها أولئك المسافرون، إلا إذا أثبت أن ذلك الضرر، سواء أكان مميتاً أم لا، أو الخسارة أو التلف، قد نجم عن سوء تصرف الإدارة أو مستخدميها المتعمد".

---

(358) أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (2/298) منه.

(359) أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (3/298) منه.

(360) هذا النظام ساري في قطاع غزة ومنشور في: الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) العدد: 1609الصفحة: 1660 بتاريخ1947/9/4.

وبموجب هذا النص يجب على الدائن سواء أكان المصاب أو من يستحق التعويض، أن يثبت أن الضرر الذي أصابه أو الخسارة أو التلف، ناجم عن سوء تصرف الإدارة، أي يجب عليه إثبات خطا الناقل.

البند الثاني: النقل الجوي

قبل صدور قانون التجارة المصري الجديد لم تكن المسؤولية في النقل الجوي في مصر تنفرد بتشريع خاص، فكان يطبق النص العام المنصوص عليه في المادة (217) مدني مصري[361]، والتي تجيز شرط الإعفاء ضمن ضوابط معينة.

ويعود عدم تنظيم النقل الجوي في القانون المدني المصري على غرار المشرع الألماني والفرنسي–حسبما يرى البعض– إلى أن النقل الجوي الداخلي لم يكن موجودا في مصر إبان وضع القانون المدني[362].

إلا أَنه في ظل صدور قانون التجارة الجديد[363] أصبح هناك أحكام خاصة تحكم اتفاقات المسؤولية التي تعفي أو تحد من مسؤولية الناقل الجوي[364]. وذلك على صعيد النقل الجوي الداخلي، بعد أن كان التنظيم القانوني يقتصر على النقل الخارجي حيث عالجه المشرع المصري، بالأمر (رقم 593 لسنة 1955) حيث تبنى المشرع بموجب هذا الأمر تطبيق اتفاقية وارسو للنقل الجوي لعام 1929[365]. وأدرس شرط الإعفاء من المسؤولية فيما يتعلق بنقل الأشياء، ثم فيما يتعلق بنقل الأشخاص، وذلك في النقل الداخلي[366].

---

(361) العريني، محمد فريد: **القانون الجوي– النقل الجوي**، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1986، ص155.

(362) بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص114.

(363) قانون رقم 17 لسنة 1999.

(364) مراد، عبد الفتاح: شرح العقود، مرجع سابق، ص516.

(365) بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص114.

(366) نصت المادة (315) من مشروع التجارة على أنه:" (1) تسري على النقل الجوي الدولي أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في فلسطين. (2) وتسري على النقل الجوي الداخلي أحكام هذا الفصل والأحكام الخاصة المنصوص عليها في المواد التالية. (3) يكون النقل داخليا إذا كانت النقطتان المعينتان باتفاق المتعاقدين للقيام والوصول واقعتين في فلسطين".

أولا: نقل الأشياء

نص قانون التجارة المصري على بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية التي تنشأ عن طريق النقل الجوي، وقد جاء في المادة (1/294) تجارة مصري:" يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل الجوي من المسؤولية أو بتحديدها بأقل من الحدود النصوص عليها في المادة 292 من هذا القانون"[367].

كما يعد من قبيل شرط الإعفاء، ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (294) تجارة مصري التي جاء فيها:" ويعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المسافر أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل الجوي، وكل شرط ينزل بموجبه الراكب أو المرسل إليه للناقل عن حقوقه في التأمين ضد أخطار النقل".

ويلاحظ أن المشرع وعلى غرار النقل البري أراد أن يضع حماية، للمرسل أو المرسل إليه، عبر حمايته من الشروط التي يمكن أن تؤدي إلى إعفاء الناقل بطرق غير مباشرة. فاعتبر إلزام الراكب بالتأمين أو بنفقاته أو ببعض نفقاته من قبيل شرط الإعفاء لأنه في حقيقة الأمر يؤدي إلى نفس النتيجة في المحصلة، وهي عدم تحمل الناقل المسؤولية، وإلقاء المسؤولية على جهة التأمين. وقد أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم في المادة (2/324) منه وأضافت الفقرة الثانية المذكورة في نهايتها "وكذلك كل شرط يقضي بنقل عبء الإثبات من الناقل إلى الطرف الأخر". وقد سبق لنا تبيان أهمية الفقرة التي أضافها مشروع التجارة[368].

ثانيا: نقل الأشخاص

كان الفقه المصري قبل صدور قانون التجارة الجديد، يذهب إلى جواز شرط الإعفاء فيما يتعلق بنقل البضائع، وكان هذا الفقه يبدي تحفظا ظاهراً فيما يتعلق بهذا الشرط، بخصوص

(367) أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم في المادة (1/324) منه.

(368) لمزيد من التفصيل: البند الأول السابق.

نقل الأشخاص، ويعد جسم الإنسان خارجاً من دائرة التعامل فيبطل شرط الاعفاء لذلك[369].

وقد استحدث قانون التجارة المصري حكماً جديداً، يقضي بعدم جـواز الإعفـاء مـن المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المسافر في مواجهة الناقل الجوي. وفي ذلك نصت المـادة (1/294) تجارة مصري:" يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل الجوي مـن المسـؤولية أو بتحديدها بأقل من الحدود النصوص عليها في المادة 292 من هذا القانون"[370]. علما بأن هـذا النص جاء عاما بحيث يطبق على نقل الأشياء والأشخاص على حد سواء.

كما وجاء في المادة (2/294) تجارة مصري:" ويعتبر في حكم شرط الإعفاء كل شرط يكون من شأنه إلزام المسافر أو المرسل إليه[371] بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل الجوي وكل شرط ينزل بموجبه المسافر أو المرسل إليه للناقل الجوي وكل شرط ينـزل بموجبه المسافر أو المرسل إليه للناقل عن حقوقه في التأمين ضد أخطار النقـل". وقـد نـص مشروع التجارة على هذا الحكم في المادة (2/324) منه. كما وأضاف مشروع التجارة في نهاية الفقرة الثانية من المادة (324) ما يفيد عدم جواز الشرط الذي يقضي بنقل عبء الإثبات، وهـو حكم جيد وسبق تبيان أهميته.

البند الثالث: عقد النقل البحري

أولا: نقل البضائع

نصت القوانين السارية في قطاع غزة[372]، والمتعلقة بالنقل البحري، على بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية، فقد جاء في المادة (8/3) من ذيل قانون نقل البضائع بحرا[373] على أن:"

---

[369] الاسيوطي، ثروت أنيس: **مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن**، القاهرة، المطبعة العالمية، 1960، ص693.

[370] أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم في المادة (1/324) منه.

[371] استعمل قانون التجارة المصري وكذلك مشروع التجارة الفلسطيني لفظ المرسل إليه كون النص يتعلق بنقل الأشـياء والأشخاص على حد سواء.

[372] لا يوجد نقل بحري في الضفة الغربية بحكم طبيعتها الجغرافية المغلقة.

[373] ذيل قانون نقل البضائع بحرا رقم 43 لسنة 1926، الصادر في كانون أول سنة 1926، المنشور في العـدد الثـاني عشر من قوانين فلسطين (مجموعة درايتون–الانتداب البريطاني) بتاريخ 1937، ص113. (المجموعة المذكورة مودعـة في مكتبة معهد الحقوق في جامعة بيرزيت).

كل بند أو تعهد أو اتفاق يعفي الناقل أو المركب من مسؤولية ما يلحق البضاعة من خسارة أو ضرر قد ينشأ عن إهمال أو قصور أو تخلف عن تنفيذ ومراعاة الالتزامات والتعهدات في هذه المادة أو ينتقص من تلك المسؤولية خلافا لنص هذا النظام يعتبر ملغي وباطلا. ويعتبر كل بند أو نص يتعلق بالاستفادة من التأمين أنه يعفي الناقل من المسؤولية".

ومن مطالعة حكم هذه المادة نجد أنه لا يجوز أن يتفق الناقل مع الشاحن على عدم مسؤولية الأول عن الأضرار التي قد تلحق بالبضائع نتيجة خطأ الناقل، كما لا يجوز مثل هذا الاتفاق إذا كان ينتقص من تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في المادة المذكورة. فلا يجوز مثلا الاتفاق على أن تكون مدة التقادم هي ستة أشهر بدلا من سنة[374]. وكذلك لا يجوز أن يعفي الناقل نفسه من عدم صلاحية المركب للملاحة أو يعفي نفسه من تجهيز المركب بالرجال...الخ[375]. كما يأخذ البند المتعلق بالاستفادة من التأمين حكم شرط الإعفاء فيبطل لذلك.

وقد ذهب قانون التجارة البحرية المصري[376] إلى بطلان شروط الإعفاء في أحوال محددة نصت عليها المادة (236) التي جاء فيها:" يقع باطلا كل اتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه أحد الأمور الآتية:

(أ) إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها. (ب) تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عاتق الناقل. (ج) تحديد مسؤولية الناقل بأقل مما هو منصوص عليه في الفقرة1 من المادة 233 من هذا القانون. (د) النزول للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على البضائع أو أي اتفاق آخر مماثل"[377].

ويختلف حكم المادة (236) بحري مصري، عن حكم المادة (8/3) من ذيل قانون نقل

---

[374] نصت الفقرة السادسة من المادة الثالثة –من بين أمور أخرى– على إن مدة تقادم دعوى الشاحن هي سنة واحدة تبدأ من تاريخ تسليم البضاعة، أو من التاريخ الذي كان يجب تسليمها فيه.

[375] نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة على بذل الناقل العناية الكافية فيما يتعلق بصلاحية المركب للملاحة، وفيما يتعلق بتجهيز المركب بالرجال، وغير ذلك من أمور.

[376] قانون التجارة البحرية المصري، رقم 8 لسنة 1990، المنشور في الجريدة الرسمية العدد18 في 1990/5/3.

[377] وقد أخذ مشروع قانون التجارة البحرية الفلسطيني بهذا الحكم في المادة (269). وسأشير إليه لاحقا مشروع بحري.

البضائع بحرا في أن الأخير، وضع قاعدة عامة تقضي ببطلان شـروط الإعفـاء فيمـا ذهـب المشرع البحري المصري إلى بطلان شرط الإعفاء في أحوال محددة هي التي صـرحت بهـا المادة (236) بحري مصري، وعليه فإنه بموجب نص ذيل قانون نقل البضائع لا يجوز الإعفاء في حالة التأخير عن تسليم البضاعة، فيما يجوز ذلك بموجب النص المصري. وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز كذلك أَن يشترط الناقل استحقاق أجرته في جميع الأحوال، وهذا الشـرط لا يعـد شرط إعفاء من المسؤولية[378]. وأرى –مع الاحترام– أَن مثل هذا الشرط يعد شرطا باطلا، لأنه يؤدي إلى النزول بالتعويض عن الحد المقرر قانونا بموجب الـنص الآمـر (236/ج) بحـري مصري، الذي جاء فيه:" يقع باطلا كل اتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه أحد الأمور الآتية:... (ج) تحديد مسؤولية الناقل بأقل مما هو منصوص عليـه فـي الفقرة 1 من المادة 233 من هذا القانون"[379] وأرى أن الشرط القاضي باستحقاق الأجرة، بعـد أن تكون قد سقطت باستحالة تنفيذ الالتزام بسبب هلاك البضاعة مثلا، يعد نـزولا عـن الحـد الأدنى المنصوص عليه، ذلك أن النزول عن الحد الأدنى للتعويض يعد باطلا. هـذا إن ثبتـت مسؤولية الناقل. أما إذا ثبتت القوة القاهرة، فإن التزام الشاحن ينقضي بدفع الأجرة، فتعـد أيـة مبالغ يدفعها من قبيل الشرط المعفي الباطل، على ما جاء في المادة (236/د) مـن أن النـزول للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على البضائع أو أي اتفاق آخر مماثل يعد بـاطلا، وأرى أن مثل هذا الاتفاق يعد مماثلا لاتفاق النزول عن التأمين وهو باطل بالنص.

وأعتقد أَن نهج القانون الفلسطيني (ذيل قانون نقل البضائع بحرا) أكثر صوابا، من جهه اعتبار أن الأصل هو بطلان شروط الإعفاء، لأن الأصل أن تقضي القاعدة العامة الآمرة فيمـا يتعلق بالنقل ببطلان شرط الإعفاء، ثم إذا رأى المشرع إرهاقا زائدا فيما يتعلق بهذه الشروط، أو وجد أن بعضها مبالغ فيه، يستطيع –المشرع– والحال هذه أن يجيز شرط الإعفاء فـي حـالات معينة، ذلك أن الناقل قد يتخلص من التزامه بالمسؤولية عبر (استحداث) شروط يكون لها أثـر

---

[378] طه، مصطفى كمال: **القانون البحري الجديد**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص294–295.

[379] جاء في المادة (1/233) بحري مصري:" تحدد المسؤولية أيا كان نوعها عن هلاك البضائع أو تلفها بمـا لا يجـاوز ألفي جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لا يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضاعة أي الحدين أعلى". أخذ مشروع البحري بهذا التحديد في المادة (1/267).

الإعفاء، وبالتالي يكون من الصعب على من يتمسك بكون هذه الشروط هي في جوهرها شروط إعفاء أن يثبت ذلك. ناهيك عن أن قيمة العقد تكون أحيانا كبيرة جدا وهو ما يدفع الشاحن إلى عدم المراهنة على (قدرته القانونية) من أجل المطالبة بإبطال أو تقرير بطلان مثل هذه الشروط التي قد تكون محل شبهة.

ويمتاز المشرع المصري في أنه خص عبء الإثبات بالنص عليه، وقد سبق لنا أن تبيان أهمية هذه المسألة يتعلق بنقل البضائع برا.

على أنه يجوز –استثناءً– في أحوال خاصة أن يتفق الناقل مع الشاحن على إعفاء الأول من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذه لالتزاماته بموجب عقد النقل، وهذه الأحوال هي التي نصت عليها المادة السادسة[380] من ذيل قانون نقل البضائع الفلسطيني، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة: "تسري فقط على إرساليات البضائع الأخرى التي تكون صفتها أو حالتها أو ظروف نقلها مما يسوغ ضمن الحد المعقول عقد اتفاق خاص بشأنها". وهذا الحكم باعتقادنا ينم عن سعة خبرة المشرع البحري، حيث راعى أنه في أحوال معينة لا يكون مجال إلا لإجازة الشرط الذي يقضي بعدم مسؤولية الناقل، على إن مثل هذا الاتفاق يجب أن يكون معقولا، كما يجب أن لا يفسر على أنه إعفاء من المسؤولية الناتجة عن خطأ وإنما –باعتقادي– يتضمن المسؤولية التي ترد إلى فعل مجرد من الخطأ.

---

[380] نصت المادة السادسة من ذيل قانون نقل البضائع بحرا على أنه:" على الرغم مما ورد في أحكام المواد السابقة للناقل ولربان المركب ولوكيل الناقل أو الشاحن حرية التعاقد على أية شروط فيما يتعلق بالمسؤولية والالتزامات المترتبة على الناقل بشأن أية بضائع، أو بالحقوق و الحصانان المخولة له بشأنها أو بالالتزامات المترتبة عليه بشأن صلاحية المركب للملاحة بالقدر الذي لا تتنافى فيه تلك الشروط مع المصلحة العامة أو فيما يتعلق بعناية أو مهارة مستخدميه أو وكيله في وسق البضاعة المشحونة بحرا ومعالجتها وتخزينها ونقلها وحفظها والعناية بها وتفريغها ويشترط في تلك الحالة أن لا تكون قد صدرت وأن لا تصدر فيما بعد بوليسة شحن بشان تلك البضائع وأن تدرج الشروط المتفق عليها في وصل يعتبر بمثابة سند غير قابل للتداول ويدرج فيه ما يفيد ذلك ويكون لكل اتفاق يتم على هذا الوجه مفعول قانوني تام. ويشترط في ذلك أن لا تسري هذه المادة على الشحنات التجارية العادية المشحونة أثناء سير التجارة العادي بل تسري فقط على إرساليات البضائع الأخرى التي تكون صفتها أو حالتها أو ظروف أو شروط نقلها مما يسوغ ضمن الحد المعقول عقد اتفاق خاص بشأنها".

وأضرب في ذلك مثلا، لو أن النقل كان سيتم في ظروف جوية صعبة، وأجاز الشاحن مثل هذا النقل، فاشترط عليه الناقل أن لا يكون الأخير مسؤولا عن هلاك البضاعة، أو تلفها، حتى وإن لم تكن الأحوال الجوية العاصفة تعد من قبيل القوة القاهرة. مثل هذا الشرط – باعتقادنا– يصح ويعد معقولا. ولا يرد القول بأن مثل هذا الشرط يعد باطلا أو لا يجوز، فالمبرر لأجازته واضح، والحاجة إليه واضحة كذلك. وقد أخذ القانون البحري المصري بهذا الاستثناء، إلا أنه جاء أكثر وضوحا فيما يتعلق بعدم إجازة شرط الإعفاء في حالة صدور خطأ. حيث جاء في المادة (238) بحري مصري:" يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكام المادة 236 من هذا القانون إذا كانت الظروف الاستثنائية التي يتم فيها النقل تبرر إبرام هذا الاتفاق بشرط أن لا يكون من شأنه إعفاء الناقل من المسؤولية عن خطئه أو خطا تابعيه وبشرط أن لا يصدر سند شحن وأن يدون الاتفاق على إيصال غير قابل للتداول يبين فيه ما يفيد ذلك"[381]. وأرى أن هذا النص لا يجيز شرط الإعفاء، رغم أنه يجيز مخالفة المادة 236 بحري مصري، ونستدل على هذا القول بأن مثل هذا الشرط لا يجوز إذا صدر خطأ من الناقل أو التابع، ما يعني أنه يشترط أن لا يكون في الأصل خطأ على الناقل أو التابع، وإنما مسؤولية، والمسؤولية قد تترتب على فعل مجرد من الخطأ، وحينها يجوز التعديل بأحكام المادة 236 بحري مصري. أي أن الاتفاق يجوز أن يطال الإعفاء من فعل الناقل والتابعين، لكن ليس من الخطأ.

وأرى أن هذا الحكم، يراعي مصالح التجارة، ذلك أن اعتبار شرط الإعفاء باطلا أو صحيحا إنما يعود إلى مراعاة حاجات عملية مختلفة، فقد يرى المشرع في أحوال معينة إبطال الشرط، وقد يرى في أحوال أخرى تصحيحه، ومرد ذلك –باعتقادنا– من بين أمور أخرى، هو مراعاة مصالح الأطراف، وتوازن العلاقة العقدية، وحاجات التجارة، وطبيعة التنفيذ العملي

---

[381] نصت المادة (271) مشروع بحري:" يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكام المادة (269) من هذا القانون إذا كانت الظروف الاستثنائية التي يتم فيها النقل تبرر إبرام هذا الاتفاق، شريطة أن لا يكون من شأنه إعفاء الناقل من المسئولية عن فعله أو فعل تابعيه، وأن لا يصدر سند الشحن، وأن يدون الاتفاق في إيصال غير قابل للتداول يبين فيه ما يفيد ذلك". ويلاحظ أن مشروع البحري خالف البحري المصري، حيث لم يشترط خطا الناقل أو التابع لأجل سريان الاتفاق بل اكتفى بأن يكون الاتفاق غير معفي لفعل الناقل أو فعل التابع، وهو موقف لا داعي له لأنه يفقد النص قيمته.

للعقد، ومراعاة العدالة. وهو ما يتجلى في الاستثناء الذي قننه ذيل قانون نقل البضائع بحرا، وقانون التجارة البحرية المصري.

كما أجاز ذيل قانون نقل البضائع بحرا شرط الإعفاء إذا كانت الخسارة أو العطل والضرر الناتج، حدث عند تفريغ البضاعة، ولو كان ذلك جرى على سطح المركب، وفي ذلك نصت المادة (7) من ذيل القانون على أنه:" ليس في هذا النظام ما يمنع أي ناقل أو شاحن من عقد اتفاق على شروط أو بتحفظات أو إعفاءات تتعلق بمسؤولية والتزام الناقل أو المركب بالخسارة أو العطل والضرر الناتج عن التصرف بالبضائع أو عن حفظها أو العناية بها ومعالجتها على ظهر المركب المنقولة فيه عند تفريغها منه أو بعده".

ويبدو أن المشرع لاحظ أنه قد لا يكون لدى الناقل الأدوات اللازمة لتفريغ الشحنة، مما استوجب مراعاة هذه الحالة وإجازة شرط الإعفاء في هذه الحالة.

ثانيا: نقل الأشخاص

نص القانون البحري المصري صراحة على بطلان شرط الإعفاء فيما يتعلق بسلامة الراكب، حيث جاء في المادة (260): "يقع باطلا كل اتفاق يتم قبل وقوع الحادث الذي نشأ عنه الضرر ويكون موضوعه احد الأمور الآتية: (أ) إعفاء الناقل من المسؤولية قبل المسافر أو ورثته أو من يعولهم. (ب) تعديل عبء الإثبات الذي يضعه القانون على عاتقه. (ج) تحديد التعويض بأقل مما هو وارد في المادة 258 من هذا القانون. (د) النزول للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على شخص المسافر"[382]. وبموجب هذا النص لا يجوز شرط الإعفاء الذي يتعلق بسلامة المسافر، كما أن النص جاء من العمومية بحيث يشمل الأضرار غير البدنية، فقد جاء في الفقرة (أ):"..إعفاء الناقل من المسؤولية قبل المسافر...". ما يعني أن الحكم ورد عاما أي يشمل الأضرار البدنية وغير البدنية، والأضرار الناشئة عن تلف الأمتعة أو هلاكها، والأضرار الناشئة عن التأخير على حد سواء.

---

[382] أخذ مشروع البحري الفلسطيني بهذا الحكم في المادة (1/289) منه.

هناك من يرى أنه يجوز الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن التـأخير بموجـب أحكـام البحري المصري[383]، غير أني لا أؤيد هذا الرأي ذلك أنه لا أساس واضح لـه فـي القـانون المذكور، وعلة ذلك أن النص لم يفرق بين أنواع الأضرار المختلفة، إلا أنـه –القـانون– أقـام التفرقة في حالة نقل البضاعة، فأبطل الشرط الذي يعفي من المسؤولية عـن هـلاك أو تلـف البضاعة ما يعني جوازها في حالة التأخير، هذا من جهة. ومن جهة أخـرى أرى أن للـرأي القائل بجواز الشرط في حالة التأخير ما يبرره فالنص جاء مبهما، ويبدو أنه يتعلـق بالأضـرار البدنية دون غيرها، فقد جاء في الفقرة (أ):"... إعفاء الناقل من المسؤولية من قبل المسـافر أو ورثته أو من يعولهم..." فالنص يفترض أن هناك إصابة بدنية أدت إلى الوفاة، أو أضراراً بدنية أقل من ذلك كما هو ظاهر. إلا أن ذلك لا يبرر إجازة الشرط، فمثل هذا الشرط يـؤدي لتعـدد الحلول في نفس القانون، وأعرض لهذا القول من خلال موقف مشروع البحـري، الـذي جـاء صريحا بإجازة كل شرط لا يرد على أضرار بدنية. فقد جاء نـص مشـروع البحـري أكثـر وضوحا، إذ أضاف حكما خاصا يتعلق بالأضرار غير البدنية التي تلحق المسافر، فقد نص فـي المادة (2/289) على أنه:"يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه من المسئولية عـن الأضـرار غيـر البدنية، أو أضرار التأخير التي تلحق بالمسافر إلا إذا كان الضرر ناتجاً عـن الفعـل الضـار ألعمدي من الناقل أو من تابعيه".

وأرى أنه يجب على المشرع عدم استثناء الأضرار غير البدنية (بما فيها حالة التأخير)، ذلك أن عقد النقل يلقي على الناقل مسؤولية إيصال المسافر في الوقت المحدد، وقد أعفى القانون الناقل من هذه المسؤولية إذا حدث سبب أجنبي، فلا مبرر لمثل هذا الجواز، وإن تصورنا وجود مثل هذا المبرر، فليكن النص قاطعا في أن هذا الجواز يحتاج لتبرير معقول، وعليـه أرى أن يضاف إلى النص ما يفيد ذلك، بأن لا يجوز مثل هذا الشرط إلا إذا وجـدت أسـباب معقولـة تبرره، وإلا سيؤدي مثل هذا الشرط إلى تراخي الناقلين في تنفيذ التزاماتهم المتعلقة بالمحافظـة على أمتعة المسافرين وإيصالهم في الوقت المتفق عليه، فالوقت هام جدا.

---

[383] طه، القانون البحري، مرجع سابق، ص336.

كما أن مثل هذا الجواز يؤدي إلى تعدد الحلول القانونية، فبما أنه لا يجوز الإعفاء في عقد نقل البضاعة من المسؤولية المترتبة على الهلاك أو تلف البضاعة، فلا يعقل إجازة مثل هذا الشرط لمجرد أن المسافر يركب بصحبة بضاعته التي قد تكون ثمينة جداً، كمن يستورد معه سيارة خاصة، وعليه فإن مثل هذا الشرط يؤدي لتعدد الحلول، ففي الحالة الأولى (نقل البضائع) لا يجوز الشرط، وفي الحالة الثانية (نقل المسافر) يجوز هذا الشرط، رغم أن هذا الشرط لا يجوز في مواجهة من أرسل بضاعته (ربما تكون سيارة أيضا) من غير أن يسافر معها في نفس المركب.

وفي جميع الأحوال يكون الناقل مسؤولا إن هو أو أحد تابعيه ارتكب غشا أو خطأً جسيما، وذلك بموجب المادة السابقة من مشروع البحري، ولا يكون الأمر كذلك في البحري المصري، إن أخذنا بالرأي الذي يجيز شرط الإعفاء في غير حالات الضرر البدني، حيث يجوز بموجب القاعدة العامة الواردة في المادة 217 أن يشترط الناقل إعفاءهُ من المسؤولية التي تترتب على خطأ تابعيه الجسيم وعن غشهم.

على أنه يجوز شرط الإعفاء في حالة النقل المجاني إذا لم يكن الناقل محترفا، فقد جاء في المادة (1/265) بحري مصري:" لا تسري أحكام عقد نقل الأشخاص المنصوص عليها في هذا الفصل على النقل المجاني إلا إذا كان الناقل محترفا، كما لا تسري في حالة الأشخاص الذين يتسللون إلى السفينة خلسة بقصد السفر بغير أجرة". وقد أخذ مشروع البحري بهذا الحكم في المادة (1/293) منه.

الفرع الخامس: مدة التقادم

نص المشرع المصري في المادة (1/388) مدني مصري على أنه: "لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"[384].

[384] أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (1/426) منه.

وعلى ذلك فالقاعدة هي عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم بالإطالة أو بالتقصير، ويرى البعض أن هذا الحكم يعود إلى أن المشرع المصري أراد حماية الطرف الضعيف في مواجهة شركات التأمين أو النقل[385].

وأرى أن لهذا الحكم العديد من الفوائد إضافة إلى ما ذكر، وأهمها يرجع إلى أن مدة التقادم القصير التي قد يتفق عليها الأطراف قد تفرغ الالتزام من مضمونه، خاصة أن المدعي لن يتمكن في ظل المدة القصيرة من تحضير دعواه، ومن جهة ثانية فإن الاتفاق على زيادة مدة التقادم يبقي المدين في حالة انتظار مدة إضافية غير معقولة لا يعرف مركزه الذي يوجد به تجاه الالتزام المعني.

المطلب الثاني: القيود التي ترد على شرط الإعفاء من المسؤولية

أورد القانون والقضاء والفقه قيودا عديدة على مبدأ جواز الإعفاء، فبالإضافة إلى الاستثناءات التي جاءت بنصوص قانونية مباشرة، والتي سبق تناولها أعلاه، هناك العديد من القيود التي تمثل قواعد عامة، تسري في جميع الأحوال التي تنطبق فيها شروطها، وتتعلق هذه القيود بالأضرار الجسدية، والشروط التعسفية، والشروط التي تجحف بحق المستهلكين، بالإضافة إلى عدم جواز الإعفاء من التزام رئيسي يفرضه العقد، وأعرض بعض الأحكام الخاصة التي تشترط كتابة شرط الإعفاء، ونوضح هذه الأمور تباعا فيما يلي.

الفرع الأول: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية

سلامة جسد الإنسان وصحته وصيانة جسده، تعد من حقوقه اللصيقة وتثبت للإنسان صفة الإنسانية، إذ تولد معه وتظل لصيقة به، وتستمد أصولها من ضرورة حماية الشخصية

---

[385] عبد الرحمن، احمد شوقي محمد: **النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص313. عبيدات، نوري يوسف: **مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني** (دراسة مقارنة)، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، 1987، ص277.

الإنسانية في مختلف مظاهرها، لأن جسد الإنسان ليس من الأشياء وهو يخرج من دائرة التعامل المالي[386].

ويرى غالبية الشراح أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الدائن من مسؤوليته عن الأضرار الجسدية متأثرين في رؤيتهم هذه بالفقهاء الفرنسيين الذين أرسوا هذه النظرة[387]. بالإضافة إلى أن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل المالي لأنه ليس من الأشياء، وأي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو سلامته يكون باطلا[388]. ومثل هذا الاتفاق يكون مخالفا للنظام العام[389]. ناهيك عن أن هناك قوانين عربية نصت صراحة على عدم جواز الإعفاء من الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده[390].

وبناءً على ذلك لا يجوز للناقل أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الحوادث التي تصيب المسافرين في أشخاصهم، ولا يستطيع الطبيب أن يشترط عدم مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب المريض في أثناء العلاج، أو من جراء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسيراً[391].

واعتبر القضاء الفرنسي الاتفاقات الواقعة على جسد الإنسان غير مشروعة ومنافية للأخلاق[392]. كما اعتبروا أن شروط الإعفاء من المسؤولية، لا تسري في حالة ما إذا أسفر عدم

---

(386) الفضل، منذر: **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص24.

(387) سلطان، أنور: **مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة في الالتزام**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر،1983، ص364. الصدة، مرجع سابق، ص422. السرحان وآخر، مرجع سابق، ص337.

(388) الفضل، التصرف القانوني، مرجع سابق، ص24.

(389) أبو سعد، محمد: مرجع سابق، ص129. زكي، مشكلات المسؤولية، ج1، مرجع سابق، ص58. يحيى، ياسين: مرجع سابق، ص52.

(390) نصت المادة (139) من قانون العقود والموجبات اللبناني على:" إن البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة معمولا بها على قدر إبرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطئه غير المقصود، ولكن الإبراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص، إذ أن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق"

(391) سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص307

(392) الفضل، التصرف القانوني، مرجع سابق، ص104.

التنفيذ عن أضرار جسمانية[393].

وقد ذهب الفقه المصري –رغم عدم وجود نص مباشر– إلى عدم جواز شرط الإعفـاء في حالة الأضرار الجسدية[394].

ويتصور أن يرتب المساس بشخص الإنسان ليس أضرارا أدبية فحسب، بل ومادية أيضا، مما تستوجب التعويض، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية:" دعوى الضرر المادي ليس فقط المساس بحقوق الشخص المالية وإنما أيضا المساس بحقه في سلامة جسمه"[395].

ويلاحظ أن محكمة النقض الموقرة تولي للسلامة الجسدية رعاية خاصة، لما لهـا مـن أهمية في القانون والدستور، فقد قضت بأنه:"... و كان حق الإنسان في الحياة و سلامة جسـمه من الحقوق التي كفلها الدستور و القانون و جرم التعدي عليه و من ثم فإن المسـاس بسـلامة الجسم بأي أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادي"[396].

والالتزام بالسلامة يعد التزاما بتحقيق نتائجه [397]، ويختلف معناه باختلاف العقد الذي يوجبه، فهو في العيوب الخفية في المبيع، يعني الالتزام بالعلم (علم البائع) بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق في هذا المبيع الأمان الذي يتوقعه المشتري عند استعماله[398]. ذلك أنه يمكن أن يكون العيب الخفي مصدرا لنوعين من الأضرار: بعضها **أضرار تجارية** أو أضرار تترتب على عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته، كأن تكون السيارة المشتراة غير صالحة للقيادة. وبعضها أضرار تصيب المشتري **بأضرار جسدية**، كأن يصاب المشتري

---

[393] الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص466، الهامش رقم2.

[394] سعد، نبيل: مرجع سابق، ص307، الهامش رقم 1.

[395] الفقرة الرابعة من الطعن رقم 1041 لسنة 58 بتاريخ 14 / 04 / 1993 سنة المكتب الفني 44.

[396] الفقرة الأولى من الطعن رقم 3517 لسنة 62 بتاريخ 22 / 02 / 1994 سنة المكتب الفني 40.

[397] عمران، محمد علي: **الالتزام بضمان السلامة**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1980، ص216.

[398] علي، جابر محجوب: *ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصـناعية المبيعـة*، ج2، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر1996، الصفحات (189–314)، ص241.

بتسمم نتيجة تناوله المادة الغذائية الفاسدة التي اشتراها[399]. وقد يمتد الضرر الجسدي إلى المال أيضا[400]. بينما يعني الالتزام بالسلامة في عقد النقل، إيصال المسافر إلى الجهة المتفق عليها سليما[401].

ومن أهم تطبيقات هذا الالتزام ما يتعلق بعقود نقل الأشخاص. وقد قضت محكمة النقض الموقرة أن:" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ من قوة قاهرة أو خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير على أنه يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملا ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحدة هو الذي سبب الضرر للراكب"[402].

كما ويجد حظر شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية –باعتقادنا– سندا له في نص المادة (50) مدني مصري حيث جاء فيها:" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". وهو مطابق لنص المادة (59) من المشروع.

وأرى أن على واضعي المشروع الالتفات إلى هذه المسالة، ووضع نص تشريعي خاص يحظر الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة الأضرار التي تلحق جسد الإنسان.

---

(399) القيسي، عامر قاسم احمد: **الحماية القانونية للمستهلك**، ط1، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص42-43.

(400) زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص410.

(401) العطير، عبد القادر: الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني، عمان، دار الشروق، 1993، ص366.

(402) الفقرة الأولى من الطعن رقم 2271 لسنة 59 بتاريخ 28 / 11 / 1995 سنة المكتب الفني 46. أيضا: الفقرة الرابعة من الطعن رقم 0888 لسنة 60 بتاريخ 19 / 06 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

الفرع الثاني: إبطال الشروط المعفية من مسؤولية التاجر تجاه المستهلك

يتدخل القضاء عادة إلى جانب الطرف الضعيف، وذلك سواء أكان العقد الذي أُبرم هو عقد إذعان أم لا. ففي العقود التي تبرم بين المستهلكين والحرفيين، يتدخل القضاء من أجل إبطال الشروط المجحفة، وتعد من تلك الشروط؛ الشروط المحددة للمسؤولية أو المعفية منها[(403)].

وقد ذهب قضاء النقض في فرنسا –في ظل تطبيقه لمرسوم 24 مارس 1978 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية– إلى الحكم بإبطال الشرط المحدد للمسؤولية أو المعفي منها، وذلك في عقود البيع[(404)]، دون غيرها من العقود[(405)]. وقد قضت المادة الثانية من القانون المذكور بأنه يعتبر تعسفيا في معنى المادة 35 في فقرتها الأولى من هذا القانون الشرط الذي يكون محلا أو أثرا له إلغاء الحق في تعويض غير المتخصص أو المستهلك في حالة إخلال المتخصص بأحد التزاماته أياً كان. ومتى اعتبر الشرط تعسفيا على هذا النحو، وجب اعتباره كأن لم يكن واردا في العقد بحيث يلغي الشرط ويصح العقد دون اعتداد بإرادة الطرفين[(406)].

كما ذهب القضاء البريطاني إلى إبطال شروط الإعفاء إذا كان الطرف الآخر ضعيف، وضيقت في تفسيرها لبنود الإعفاء، ففي قضية (Smith v. Southwales Switchgear) فسر شرط الإعفاء من المسؤولية أو إعفاء الطرف القوي عن تعويض الطرف الضعيف عن كل المسؤوليات على أنه قصد منه أن يغطي فقط المسؤولية الموضوعية أو غير الخطئية (Strict Liability) وليس المسؤولية الخطئية التي تستند إلى الإهمال، حتى إذا استعمل لفظ إعفاء من كل المسؤوليات بكافة أنواعها[(407)].

---

(403) عمران، محمد السيد: **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة، ص30.

(404) حدد القانون المذكور العقود التي تعتبر فيها الشروط تعسفية في مواجهة المستهلك بعقد البيع فقط.

(405) في تفصيل ذلك: الرفاعي، مرجع سابق، ص229–231.

(406) سليم، عصام: مرجع سابق، ص344.

(407) مشار إليها في: الملحم، احمد عبد الرحمن: *نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيه*، **مجلة الحقوق**، الكويت، العدد الأول والثاني، لسنة 1992، الصفحات(241–321)، ص273.

هذا ويذهب اتجاه إلى القول بضرورة الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية إذا كانت العلاقة تتعلق بحماية المستهلك، ويبررون ذلك في أن العقد الذي يتم عادة بين المستهلك والمنتج هو من قبيل المصادفة، كما أن هناك العديد ممن يستعملون المنتجات الاستهلاكية دون أن تربطهم علاقة عقدية مع المنتج الذي يعد مسؤولا عن مخاطرها[408].

الفرع الثالث: إبطال الشروط التعسفية

عالج المدني المصري استبعاد الشروط التعسفية في العقود، بنص المادة (149) منه التي جاء فيها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[409].

يتضح من هذا النص أنه يستطيع القاضي استبعاد الشروط التعسفية من عقود الإذعان، لكن يشترط أن يكون العقد عقد إذعان وأن يكون الشرط تعسفيا، أما إذا كان العقد ليس بعقد إذعان، فلا يستطيع القاضي استبعاد تلك الشروط، ويقصد بعقد الإذعان في المعنى الوارد في النص، وبحسب ما جاء في الأعمال التحضيرية للمدني المصري:" تتميز عقود الإذعان باجتماع مشخصات ثلاثة: أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. والثاني احتكار هذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها. وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتلفونات والتلغرافات، أو مع شركات التأمين"[410].

---

[408] سرور، محمد شكري: **مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة**، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1983، ص79-80.

[409] أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (150) منه.

[410] مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص68-69.

ويلاحظ أن هناك تشدداً فيما يعد عقد إذعان، مما يعني استبعاد معظم العقود التي تتم في حياتنا اليومية، أي أن معظم العقود التي يجريها المستهلكين مع التجار لا تعتبر عقود إذعان، وأرى أن هذا الحكم بحاجة إلى تطوير، فيجب بسط الحماية على الطرف الضعيف حتى وإن لم تتوفر في العقد الشروط الثلاثة السابقة وفي هذا السياق نشير إلى قضية (Transport Ltd Brothers & co.Ltd. v. Roy Bowles) حيث ذهب القاضي (Lord Denning) الى القول:" ما هي مسوغات المحكمة في هذه أو غيرها من الدعاوى، عندما تنحرف عن المعنى الطبيعي للكلمات. عندما نطلع على كل الدعاوى سوف نرى أن الشرط الذي يعفي الشخص من إهماله، غير معقول، أو طبق بشكل غير مقبول. إن القضاء قد أقلع بعد ذلك عن الانحراف عن المعنى الواضح للعبارات، إذ افترض أن المتعاقد لم يقصد منه أمرا غير معقول، لذا فسر البند تفسيرا ضيقا لقد حول المعنى الطبيعي للعبارات إلى درجة معقولة ...ربما الوقت قد حان للإقلاع عن هذا المنحى من التفسير. إن العبارات واضحة جدا بدرجة لا تسمح بذلك. هل المحكمة إذن معدومة السلطة؟ هل تدع المتعاقد ينفذ شرطه غير المعقول؟ ... عندما نصل إلى هذا الحد، أقول مثلما قلت منذ عدة سنوات، هناك يقظة(common law) الكومن لو التي بينما تسمح بحرية التعاقد، تراقب كي لا يساء استعمالها..."[411]. على أنه ليس من السهل للقاضي في النظام اللاتيني كالمتبع في مصر، أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف دون نص واضح، فمقتضيات العدالة لا يمكن إعمالها إلا في ظل غياب النص، لذا أرى أن يراعي المشرع هذا الأمر، فينص بنص خاص على جواز تدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف من الشروط المجحفة، حتى وإن كانت تلك الشروط لا يتوفر فيها وصف الإذعان على النحو المشار إليه أعلاه، ذلك أن الشروط المجحفة بحق الطرف الضعيف تزداد يوميا، ولم تعد النصوص قادرة في أحيان كثيرة على استبعاد الإجحاف بحقوق الطرف الضعيف، بل الأدهى أنه يمكن استعمال تلك النصوص من أجل ممارسة الإجحاف بحق الطرف الضعيف.

وقد طبق القضاء المصري نص المادة (149) في العديد من أحكامه، ففي قرار لها قضت محكمة النقض المصرية الموقرة:" لما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد

---

[411] مشار إليه: الملحم، احمد: مرجع سابق، ص274-275.

استخلص من العقد المبرم بين الطرفين أن العقد تم بطريق الإذعان و أن الشرط الذي تضمن البند الثاني منه بإعفاء الطاعنة من المسئولية عن تعطيل التليفون هو من قبيل الشروط التعسفية وانتهى إلى إعفاء المطعون عليه باعتباره الطرف المذعن – منه إعمالاً للمادة 149 من القانون المدني، وإذا كان هذا الاستخلاص من ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع و قد أقيم على أسباب سائغة و لم يكن محل نعى من الطاعنة فإن ما تثيره حول التمسك بهذا الشرط يكون في غير محله"(412).

الفرع الرابع: عدم مخالفة الالتزام الرئيس في العقد

ومن القيود التي ترد على صحة شرط الإعفاء، هو عدم مخالفة الالتزام الرئيس في العقد(413)، ومن تطبيقاته ما جاء في المادة (1/506) مدني أردني:" لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط". وفي عقد الإجارة لا يتصور اشتراط المؤجر عدم مسؤوليته عن تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة، فذلك يجعل العقد باطل(414)، فإذا لم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء ولو كان ذلك عبر إعفاء الدائن للمدين من هذا الالتزام فإن العقد يبطل.

وينقسم الالتزام الرئيس في العقد إلى التزام رئيسي بطبيعته، والتزام رئيسي بإرادة الأطراف، ويقصد بالأول ذلك الالتزام الذي لا يتصور وجود العقد بدونه على النحو الذي أراده القانون إلى حد القول إن العقد يفقد تسميته القانونية المميزة له إذا تم إعفاء الأطراف منه(415). ومن الالتزامات التي تعد رئيسية بطبيعتها؛ التزام البائع بنقل الملكية– على الأقل في القانون المصري(416)– والتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع(417). وهذه الالتزامات تعد رئيسية أو

(412) الفقرة الخامسة من الطعن رقم 1556 لسنة 56 بتاريخ 26 / 03 / 1989 سنة المكتب الفني 40.

(413) الاهواني، حسام الدين: **النظرية العامة للالتزام**، ج1، **مصادر الالتزام**، ط2، 1995، ص466.

(414) العبيدي، علي هادي: **العقود المسماة– البيع والإيجار**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص232–233.

(415) مجاهد، أسامة أبو الحسن: **فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية**، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص26.

(416) يختلف موقف القانون المدني الأردني عن نظيره المصري فيما يتعلق بنقل الملكية ذلك ان الملكية تنتقل في الأول بمجرد العقد على خلاف الثاني الذي يرتب التزاما في ذمة البائع بنقل الملكية. وقد جاء في المادة (465) مدني أردني:"

جوهرية لأنه لا يمكن تصور قيام العقد بدونها، أو يفقد العقد تسميته القانونية بدونها، فإذا كان البيع بلا مقابل انقلب العقد هبة.

وقد ابتدع القضاء البريطاني مبدأ الشرط الجوهري في العقد، ويقوم هذا الشرط على أن لكل عقد لب جوهري، ومن المستحيل الإعفاء منه دون النيل من العقد ككل، وعليه فإن شرط الإعفاء من المسؤولية يتعين تفسيره على أنه لا يشير إلى الإعفاء من التزام نابع عن شرط جوهري[418].

أما الالتزام الرئيسي بإرادة الأطراف، فهو ما تتجه نية الأطراف إلى اعتباره رئيسيا، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الموقرة أن قيام صاحب الموقف(الجراج) بترك السيارة خارج الجراج، مما أدى لسرقتها، يعد صاحب الجراج مسؤولا لأنه تقاضى أجراً مرتفعاً مقابل حراستها، ومن ثم استبعاد الشرط المحدد لمسؤولية صاحب الجراج والمدرج ضمن الشروط العامة المذكورة باللائحة المعلقة بالموقف[419].

والعلة في عدم جواز مخالفة الالتزام الرئيس في العقد تعود- باعتقادي- إلى أن إنكار الالتزام الرئيس في العقد يشبه الغش فكلاهما إنكار إرادي لوجود الالتزام يجرده من كل فائدة.

البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض". ولا يمكن تصور ورود شرط الإعفاء في القانون المدني الأردني على نقل الملكية، فمثل هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، كما أنه (لغو) فلا يمكن تصوره في ظل حكم القانون الأردني الذي يفرق بين حقوق العقد وحكم العقد الذي يترتب بمجرد الانعقاد، فقد جاء في المادة (199): "1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك. 2- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما"

[417] في تفصيل الالتزام بنقل الملكية: السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص412 وما بعدها.

[418] الملحم، احمد: مرجع سابق، ص276.

[419] ويلاحظ إن المقابل المرتفع الذي قدمه صاحب السيارة كان هو السبب في وصف الالتزام بأنه رئيسي إلى درجة تستبعد الشرط المحدد للمسؤولية. وأشير إلى أن الأستاذ أسامة مجاهد قد أورد العديد من التطبيقات القضائية في هذا الخصوص. مجاهد، مرجع سابق، ص29 وما بعدها. ومثال الالتزام الرئيسي في العقد؛ ما قضت به محكمة النقض الفرنسية الموقرة من أن" الشركة الناقلة وبصفتها متخصصة بالنقل السريع يفترض فيها أن تحافظ على مستوى معين وسمعة معينة للخدمة تقدمها، وقد التزمت بأن تسلم الظرف الخاص بالشركة المرسلة في ميعاد محدد وبسبب التقصير في أداء هذا التزام الرئيسي، فإن الشرط المحدد لمسؤولية في العقد والذي يتناقض مع محتوى الالتزام الذي التزمت به يجب أن يعتبر كأن لم يكن".

الفرع الخامس: ضرورة كتابة ووضوح شرط الإعفاء

لما كان شرط الإعفاء يعد خروجا (خطيرا) على القواعد العامة في المسؤولية، ويــؤدي إلى إهدار الحقوق التي نص عليها القانون لمصلحة الدائن، فقد درجت بعض النصوص الخاصة على اشتراط كتابتها ووضوحها، وقد راعى قانون التجارة المصري هذا المقتضى، حيث نــص في المادة (268) على أنه:" (1) يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كليا أو جزئيا مــن المســؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي تلحق الراكب. (2) ويجب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها مكتوبا، وإلا اعتبر كأن لم يكن، وإذا كان عقد النقل محــررا على نماذج مطبوعة يجب أن يكون الشرط واضحا ومكتوبا بكيفية تسترعي الانتباه، وإلا جــاز للمحكمة أن تعتبر الشرط كأن لم يكن (3) ولا يجوز أن يتمسك الناقــل بشــرط الإعفــاء مــن المسؤولية أو تحديدها إذا ثبت صدور غش أو خطا جسيم منه أو من تابعيه". وقد أورد مشروع التجارة الفلسطيني هذا الحكم في المادة (298) منه.

المبحث الثالث: آثار صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع

يرتب شرط الإعفاء من المسؤولية إذا صح، آثارا من حيث الموضوع، وأخــرى مــن حيث الأشخاص، وسبق لي أن عرضت للآثار من حيث الأشخاص، ولآثــار بطــلان الشــرط المعدل للمسؤولية في الفصل التمهيدي، لذا نقصر هذا البحث على آثار الشرط المعفي من حيث الموضوع.

يرتب الشرط المعفي من المسؤولية –على فرض صحته– آثاراً مختلفة، وقد اختلف في الآثار التي يرتبها هذا الشرط، ففيما اتجه البعض إلى أن الأثر الذي يترتب على تلك الشروط هو نقل عبء الإثبات، اتجه آخرون للقول بأن الشرط يترتب عليه إعفاء المدين من مسؤوليته الملقاة عليه بموجب القواعد العامة للمسؤولية العقدية, وبين هذا الرأي وذاك يقف أنصار الخيــرة بــين المسؤوليتين، ذلك أن جواز الخيرة عندهم يجعل الشرط غير ذي فائدة، إذا علمنا أنــه لا يجــوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وأدرس هذا المسائل كما يلي.

المطلب الأول: انتقال عبء الإثبات

الأصل أن الدائن هو الذي يتحمل عبء الإثبات كاملا، إلا أنه في الخطأ العقـدي، فـإن على الدائن أن يثبت فقط وجود العقد، ولا يلزم أن يثبت خطأ المدين، وعلى المدين أن يثبت أنه قام بتنفيذه[420]. ففي الالتزام بتحقيق نتيجة كالالتزام بالتسليم، وبنقل الملكية، وأداء عمل معـين، أو الامتناع عن عمل، يكفي أن يثبت الدائن قيام الالتزام، وأن النتيجة المتفق عليها لـم تتحقـق، فيكلف المدين بإثبات تنفيذه. فإذا عجز عن ذلك الإثبات عد مخطئا، ولا يجوز له نفي الخطأ، إلا أنه يستطيع إثبات وجود السبب الاجنبي. أما في الالتزام ببذل عناية، فيستطيع المدين أن يثبـت أنه بذل العناية المطلوبة، ففي هذه الحالة ينتفي ركن الخطأ[421].

وقد ذهب القضاء الفرنسي، ومن بعده القضاء المصري في بدايات القرن السابق، إلـى أن الأثر الذي يترتب على شرط الإعفاء هو قلب عبء الإثبات[422].

فقد قضت محكمة الاستئناف المختلط في هذا الشأن، بأن:" البند المدرج في سند الشـحن والذي يلقي على المرسل أو المرسل إليه تبعة أخطار النقل البحري لا يجيز للناقل أن يـتخلص من نتائج خطئه الشخصي أو خطأ عماله وتابعيه بل ينحصر أثره في إقامة القرينة على الحادث الفجائي لمصلحة الناقل بإلقاء عبء إثبات الخطأ على عاتق المطالب بالتعويض"[423].

ويرى البعض أن هذا الموقف –الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية والقاضي بنقل عبء الإثبات– أساسه في أن نظام المسؤولية لا يرتكز فقط على الخطأ، بـل يشـمل أيضـا فكـرة

---

[420] تناغو، سمير السيد: **نظرية الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة، ص642.

[421] أبو السعود، رمضان: **مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبنـاني**، دون مكـان، دون ناشـر، 1984، ص228. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص660. زكي، مشكلات المسؤولية، ج1، مرجع سابق، ص112.

[422] سلطان، الموجز في النظرية العامة، مرجع سابق، ص364.

[423] استئناف مختلط في 1915/3/24. كما قضت المحكمة الموقرة بأن:" بنود الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل البري يمتنع تطبيقها في حالة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عن خطأ الإدارة على وجه الخصوص فـي حالـة فقـد الأمتعة بمناسبة اصطدام القطارات إذ لا يترتب على تلك البنود إعفاء الناقل من الخطأ الذي يرتكبه هو أو يرتكبه تـابعوه ولكنها تقلب عبء الإثبات بحيث يتعين إثبات الخطأ في مواجهة الناقل" استئناف مخـتلط 1897/3/25. مشـار إليهـا: المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص440.

الضمان، ذلك أن المدين لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، كأساس لعدم التنفيذ، ويعني ذلك بكل وضوح تحمله لمخاطر الأسباب غير المعروفة التي أدت لعدم التنفيـذ، وبذلك يظهر لنا أنه ليست فكرة الخطأ هي التي دخلت في الميدان، ولكن فكرة ضـمان الـدائن، ومن هنا فليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يتحمل بدل مدينه هذه المخاطر المستندة إلـى أسـباب غير معروفة. وبذلك تكون محكمة النقض لم تفعل أكثر من تسجيل شرعية الاتفـاق إذا تعلـق بالضمان المستحق للدائن، وبعدم شرعيته إذا كان يرمي إلى تغطية الفعل الخاطئ، لأنه في هـذه الحالة الأخيرة يكون منافياً للأخلاق[424]. ويؤخذ على هذا الرأي أنه يعتمد على الأخـلاق، فـي حين إن اتفاق الإعفاء غير منافٍ للأخلاق لأنه لا يصدر عن الطرف المعفي بموجب أي خطـأ (عمدي) منافٍ للأخلاق، ذلك أَن منافاة الأخلاق تفترض قصد الإضرار في مسلك المخطئ[425].

فيما يرى البعض الآخر أن الأساس وراء فكرة نقل عبء الإثبات يكمن في أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية، وللدائن الخيرة بينهما[426].

فيما يرى رأي آخر أن نقل عبء الإثبات يرجع إلى رغبة القضاء في حفظ الناس مـن عقود الإذعان[427].

وأن كان نقل عبء الإثبات هو الأثر الذي كان يرتبه القضاء في السابق، إلا أَن التوجه الحالي يذهب إلى ترتيب الشرط لآثاره كاملة، أي إعفاء المدين مـن المسـؤولية التـي شـملها الشرط. وهو ما تتبناه محكمة النقض المصرية الموقرة[428].

---

(424) عرض هذا الرأي الفقيه الفرنسي روبينو. مشار إليه: بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص83-84.

(425) بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص84.

(426) العيسائي، عبد العزيز: مرجع سابق، ص80. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص678. المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص442.

(427) بلقاسم، إعراب: مرجع سابق، ص85.

(428) الفقرة الخامسة من الطعن رقم 0731 لسنة 60 بتاريخ 25 / 12 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

المطلب الثاني: أثر الأخذ بفكرة الخيرة على آثار شرط الإعفاء

عرضت في الفصل التمهيدي لمسألتي الجمع والخيرة بين المسؤوليتين، وتبين لنا من خلال ذلك العرض بأن الاتجاه الفقهي والقضائي يذهب حاليا إلى عدم جواز الخيرة.

وللخيرة بين المسؤوليتين أثر بيّن على آثار شرط الإعفاء، فإذا كانت الخيرة جائزة ترتب على ذلك عدم فعالية شرط الإعفاء ويصبح في كثير من الأحيان مجرد لغو. ذلك أن الدائن يستطيع أن يتبع أحكام المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية، وفي ذلك يتفادى آثار شرط الإعفاء، ذلك أن القاعدة العامة تقضي بعدم جواز شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية[429]. ويترتب على اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية بطلان شروط الإعفاء، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية الموقرة:" إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى أن مسؤولية الشركة المؤجرة مسؤولية تقصيرية، وكانت الفقرة الأخيرة من المادة 217 مدني صريحة في بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية، فإن دفاع الشركة المؤسس على إعفائها من هذه المسؤولية يكون مرفوضاً حتما"[430]. كما أن اللجوء للخيرة يؤدي إلى انتقال عبء إثبات الخطأ، ويصبح على عاتق الدائن، وهو ما سبق دراسته في المطلب السابق.

المطلب الثالث: عدم مسؤولية المدين

يترتب على شرط الإعفاء من المسؤولية الصحيح، أن المدين يعتبر غير مسؤول عن الخطأ العقدي في حدود الشرط. وهذا الرأي هو الرأي الغالب[431].

---

(429) جاء في المادة (3/217) مدني مصري:" ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع". يقابلها نص المادة (190) من المشروع: "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار، ومع ذلك يجوز اشتراط تشديد هذه المسؤولية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(430) نقض 1967/10/29 س18ص1560. مشار إليه: حمدي، كمال: **عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري**، 2002، ص210، الهامش رقم1.

(431) سوار، محمد وحيد الدين: **النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة**، دمشق، مديرية المطبوعات الجامعية، 1990، ص395. الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص467. الصدة، مرجع سابق، ص423.

وقد نص المدني المصري، على هذا الأثر، حيث جاء في المادة (2/217) مدني مصري: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي..."[432].

كما أن القضاء المصري الحديث يدعم هذا الاتجاه. فقد قضت محكمة النقض الموقرة، بأنه:" لما كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض الدعوى ما قرره من إنتفاء حق مورث الطاعنين في التعويض عن عزله من الوكالة طبقا للاتفاق المبرم بينه وبين الشركة المطعون عليها والذي تضمنه البند الثالث عشر من العقد وأجاز لها هذا الحق مع إعفائها من أية مسئولية تترتب على ذلك فإنه يكون قد وافق صحيح القانون دون حاجة للرد على ما أثاره الطاعنون من أن ما تضمنه العقد من إتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو بحث مدى الضرر الذي ترتب على عزل الوكيل"[433].

إلا أن ذلك لا ينفي أن للشرط أثراً في قلب عبء الإثبات[434]، وذلك في حالتي الغش والخطأ الجسيم، ففي هاتين الحالتين لا يكون أمام الدائن إلا أن يثبت أن المدين ارتكب خطأً جسيما أو غشا، ولا يقتصر دوره على إثبات الالتزام وأن المدين أخل به، ففي هذه الحالة يتصور هذا الأثر لشرط الإعفاء.

---

[432] بهذا المعنى نص المادة (238) من المشروع.

[433] الفقرة الخامسة من الطعن رقم 0731 لسنة 60 بتاريخ 25 / 12 / 1994 سنة المكتب الفني 45.

[434] عزب، حماد مصطفى: مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص240.

الفصل الثاني

الشروط المخففة من المسؤولية العقدية

الفصل الثاني

الشروط المخففة من المسؤولية العقدية

بحثت في الفصل السابق في شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وأبحث في هذا الفصل في الشروط التي تخفف من المسؤولية دون أن تبلغ إلى درجة الإعفاء منها، على أن الفرق بين شرط الإعفاء وشروط التخفيف ليس فرقا نسبيا من حيث الكم، بل هو فرق نوعي، ولكن هنـــاك حالة واحدة من أحوال الشرط المخفف يكون فيها الفرق كميا وهي حالة الإعفاء الجزئـــي مـــن المسؤولية، إلا أنه بوجه عام تختلف شروط التخفيف نوعيا، ولها منطقهـــا القـــانوني الخـــاص، وصورها الخاصة، وآثارها التي تنفرد فيها عن غيرها، إلا أنها تلتقي في العديد من أحكامها مع شرط الإعفاء، وذلك لاتحاد العلة في كثير من الأحيان، وهو ما يظهر من خلال دراســـة هـــذه الشروط المخففة.

وسأدرس الشروط التي تخفف من المسؤولية العقدية في ثلاثة مباحث، أدرس في المبحث الأول صحة الشروط المخففة والاستثناءات التي ترد عليها، فيما أدرس في المبحث الثاني بعض التطبيقات التشريعية لشروط التخفيف والقيود التي ترد عليها، وأتناول في المبحث الثالث الآثار المترتبة على الشروط المخففة من حيث الموضوع.

المبحث الأول: صحة الشروط المخففة والاستثناءات التي ترد عليه

من أهم الإشكاليات التي تثيرها شروط التخفيف، هي تلك المتعلقة بصـــحتها، ذلـــك أن شروط التخفيف –كما هو حال شرط الإعفاء– يترتب عليها نتائج خطيرة، بحيث يصبح بموجبها المدين غير مسؤول في حين أنه بموجب القواعد العامة مسؤول، لذا فإنه لا بد من البحـــث فـــي صحة هذه الشروط، وهو ما سأبحثه في المطلب الأول من هذا المبحث. كما أنّ من المعلـــوم أن لكل قاعدة –غالبا– استثناءات ترد عليها، وهو ما أدرسه في المطلب الثاني من هذا المبحث، على أنه لن أدرس في هذا المبحث شروط التخفيف من مسؤولية المدين عن أخطاء تابعيه في تنفيـــذ العقد، فهذه المشكلة لا تثور فيما يتعلق بشروط التخفيف على خلاف ما ورد في شرط الإعفـــاء،

حيث لمست أنها مشكلة حقيقية، كما أن المشرع خصها بحلول خاصة، لذا لن أدرس هذه المسالة في هذا المقام.

المطلب الأول: صحة الشروط المخففة

للشرط المخفف صور عديدة، فقد يرد في صورة إنقاص لمدة التقادم التي من المفروض أن ترفع خلالها دعوى المسؤولية، وقد يرد على درجة أو نوع العناية التي يبذلها المـــدين فـــي تنفيذ التزامه، كما يرد شرط التخفيف على صورة إعفاء جزئي من المسؤولية، كما يدرج البعض ضمن صور هذا الشرط، الاتفاق على حد أعلى للتعويض، لذا فإنه من الصـــعب الحـــديث فـــي صحة أو عدم صحة هذه الشروط، إلا بدراسة كل صورة منها على حدة.

وأدرس في هذا المطلب جواز الصور المختلفة لشرط التخفيف من المسؤولية العقديـــة، على النحو التالي.

الفرع الأول: الاتفاق على إنقاص مدة التقادم

يقصد بالاتفاق على إنقاص مدة التقادم، أن يتفق الطرفان في أن تتقادم دعوى المسؤولية التي قد تنشأ عن علاقتهما العقدية، خلال مدة عشر سنوات مثلا، في حين أن تقادمها في الأصل هو خمس عشرة سنة.

ومن الواضح أن مثل هذا الاتفاق لا يمس المسؤولية بشكل مباشر، وإنما يرتبط بدعوى المسؤولية، وهي أثر من آثار المسؤولية[(435)].

وتقضي القاعدة العامة بعدم جواز الاتفاق على إنقاص مدة التقادم[(436)]، على خلاف ما كان سائدا في ظل القانون المدني المصري القديم[(437)].

---

(435) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص915.

(436) نصت المادة (1/388) مدني مصري على أنه:"لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون". وقد أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (1/426) منه.

إلا أنه إذا وجد نص في التشريع يجيز مثل هذا الاتفاق، يمكن للأطراف الاتفاق على مدة أقل، ومثال ذلك ما جاء في المادة (455)[438] مدني مصري التي تنص على جواز الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة. هذا وقد انقسم الشراح في مصر حول جواز أو عدم جواز الاتفاق على إنقاص المدة في هذه الحالة[439]. ورأيي جوازه، ذلك أن الالتزام بكليته يخضع للاتفاق، أي أن وجود هذا النوع يحتاج إلى اتفاق، وهو ضمان إضافي، وبالتالي أرى جوازه، ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرات الإيضاحية لمشروع المدني حيث جاء فيها:" وأحكام هذه المادة لا تتعلق بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على ما يخالفها"[440]. إلا أنني أرى أن تكون المدة المتفق عليها معقولة بحيث يستطيع الدائن أن يقيم الدعوى خلالها، أما إذا كانت المدة تعيق الدائن عن إقامة دعواه، فمثل هذا الاتفاق على المدة- باعتقادنا- باطل لأنه يهدر الحق بالتقاضي بطريق غير مباشر، ذلك أن الحق في إقامة الدعوى واللجوء إلى القضاء متعلق بالنظام العام، لا يجوز التنازل عنه[441].

الفرع الثاني: الاتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق غاية إلى بذل عناية

تتحقق هذه الصورة إذا اتفق المتعاقدان على أن لا يكون المدين مسؤولا إلا إذا ثبت عدم بذله للعناية المطلوبة، رغم أنه في الأصل يكون –المدين- مسؤولا عن تحقيق نتيجة[442].

فإذا اتفق على ألا يكون المدين مسؤولا عن فعله المجرد من الخطأ فإن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى قلب الالتزام من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية[443]. وعلى الدائن أن يثبت

---

(437) للتفصيل في جواز الاتفاق على مدة تقادم أقل يمكن مراجعة: زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص171-172.

(438) نصت المادة (455) مدني مصري على انه:" إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من تاريخ ظهوره، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، ما لم يتفق على غيره". وهو ذات الحكم الذي نصت عليه المادة (481) مشروع مدني.

(439) للتفصيل في الخلاف حول جواز الاتفاق على إنقاص المدة: منصور، محمد حسين: **ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون سنة، ص57-58.

(440) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص557.

(441) التكروري، عثمان: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، القدس،2002، ص142.

(442) للتفصيل: راجع هذه الرسالة ص7.

خطأً ولو تافها في جهة المدين[444]. كما يمكن أن تتم هذه الصورة إذا اتفق علـــى نقـــل عـــبء الإثبات، فإذا اتفق على أن ينتقل عبء إثبات الخطأ، فإن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى أن لا يكون المدين مسؤولا عن الفعل المجرد عن الخطأ، فلا يستفيد الدائن من قرينة عدم التنفيـــذ، ويـــؤدي مثل هذا الاتفاق إلى النتيجة ذاتها، وهي مسؤولية المدين عن عدم بذل عناية كما يجـــب لا عـــن عدم تحقيق غايه. وهذه الصورة من صور تخفيف مسؤولية المدين جائزة، ولم نجد رأيـــاً علـــى خلاف ذلك[445].

ويجد مثل هذا الاتفاق أساسه في حرية المتعاقدين بأن يضمنوا عقودهم من الشروط مـــا يرتؤوا، على ألا تخالف النظام العام.

وقد قيّد المشرع تلك الشروط بتطبيقات خاصة وإن بدت مقبولة فـــي ظـــل المبـــادىء المرتبطة بحرية التعاقد كالذي نصّ عليه قانون التجارة البحرية المصـــري، ومشـــروع قـــانون التجارة الفلسطيني، من عدم جواز الشرط الذي ينقل عبء الإثبات، وإلحاق حكم مثل هذا الشرط بحكم شرط الإعفاء الباطل[446].

وأرى أن الشرط الذي يؤدي إلى تحويل الالتزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عنايـــة – سواء أورد في صورة شرط يتعلق بالإثبات، أو في صورة شرط عدم مسؤولية المدين عن فعله المجرد عن الخطأ– يجب عدم الأخذ به إلا في حدود ضيقة، لأنه من الناحية العملية يؤدي إلـــى نتائج شبيهة بالتي يؤدي إليها شرط الإعفاء الباطل، إلا أنها نتائج تمتاز بالخطورة لكون مثل هذا الشرط يحمل آثارا مستترة ليس من السهل تبيّنها من قبل المتعاقدين، ووجه الخطورة يكمن فـــي أنها لا تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية فحسب بل إلى الإعفاء من الالتزامات التي قـــد تكـــون رئيسية في العقد أيضاً. وإن كانت مثل هذه النتيجة ظاهرة فيما يتعلق بشرط الإعفاء في أحيـــان

---

(443) أبو السعود، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص230. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص675.

(444) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص675.

(445) الجمال وآخرون، مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص208. تناغو، نظرية الالتزام، مرجع ســـابق، ص161. الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص311. أبو السعود، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص230.

(446) للتفصيل: أولا من البند الأول من الفرع الرابع من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص96.

معينة، وهي غير جائزة كما أسلفنا[447]. فإن مثل هذه النتيجة تكون مستترة فيما يتعلــق بشــرط التخفيف في هذه الصورة التي درستها.

ولتوضيح ذلك نقول: سبق أن عرضت لتقسيم الالتزامات بغاية أو بوســيلة[448]، وأرى أنه استقر في أذهان المتعاقدين والفقه والقضاء ذلك التقسيم المبني أساسا على؛ الإرادة، فإن لــم توجد إرادة، فعلى طابع الاحتمال أو اليقين النسبي.

إن هذا التقسيم يقصد به بيان حدود المسؤولية في كل من نوعي الالتزام، وقــد ذهــب الأستاذان الألمانيان بيرنهوفت وفيشر إلى أن أهمية هذا التقسيم تظهر من حيث المسؤولية لعــدم التنفيذ، ففي الالتزام بوسيلة يكون حد المسؤولية هو الاســتحالة الشخصــية، أي أن المســؤولية تنتهي في هذا الالتزام إذا نشأ مانع يقتضي المدين للتغلب عليه أن يبذل مجهــودا يزيــد علــى مجهود الشخص العادي. أما في الالتزام بغاية فيكون حد المسؤولية هو الاستحالة الموضــوعية، أي يجب أن يكون المانع من التنفيذ في الالتزام بنتيجة، موضوعيا طبيعيا لا يقدر علــى دفعــه أحد[449].

وأرى أن لهذا التقسيم فائدة أيضا في تصحيح أو إبطال شرط التخفيف المتعلق بتحويــل الالتزام من تحقيق غاية إلى بذل عناية. فإذا كان يغلب اليقين (النسبي) على أن التزام المدين هو بتحقيق غاية وكان التزاما رئيسا، فان شرط التخفيف –باعتقادنا– يبطل لأنه، يهدر العقد.

أما إذا كان الظن يغلب على أن الالتزام هو التزام بتحقيق غاية، في إطار الظن ولــيس اليقين النسبي، فسواء أكان الالتزام رئيسا أو ثانويا يصح شرط التخفيف.

ونمثل على ذلك بالتزام الناقل في إيصال البضاعة، فمثل هذا الالتزام يغلب عليه اليقــين (النسبي) بضرورة تحققه، فلا يصح شرط التخفيف بأن يلتزم الناقل ببذل عناية بدلا من تحقيــق غاية، لأن مثل هذا الشرط يهدر العقد ويفقده قيمته في أهم آثاره، فمثل هذا الشرط يجعل التــزام

---

[447] للتفصيل: الفرع الثالث من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص121.

[448] للتفصيل: الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل التمهيدي، ص6.

[449] حجازي، عبد الحي: النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص173.

المدين غير جدي خاصة إذا كان متخصصا. ومثاله أيضا التزام البائع في تسليم البضاعة، والتزام المشتري بدفع الثمن. فهذه الالتزامات لا يتصور فيها شرط التخفيف. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الهامة في هذا السياق إلى أن: "الشركة الناقلة وبصفتها متخصصة في النقل السريع يفترض فيها أن تحافظ على مستوى معين وسمعة معينة للخدمة التي تقدمها، قد التزمت بأن تسلم الظرف الخاص بالشركة المرسلة في ميعاد محدد، وبسبب التقصير في أداء هذا الالتزام الرئيسي فإن الشرط المحدد للمسؤولية في العقد والذي يتناقض مع محتوى الالتزام الذي التزمت به يجب أن يعتبر وكأنه لم يكن أو لم يكتب في العقد"[(450)].

لكن –باعتقادي– يجوز شرط التخفيف الذي يحول التزام الناقل (المتخصص) إلى التزام ببذل عناية بإيصال البضاعة في إطار ضيق، فإذا كان يغلب الظن على أن البضاعة قد لا يتم إيصالها لأسباب معقولة يعلمها العاقدان، كأن تكون هناك اضطرابات أو أحداث تجري في البلد، كإغلاق طرقات وما إلى ذلك لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة. ففي الحالة الأخيرة ورغم أن الالتزام هو التزام جوهري، وهو بتحقيق غاية، إلا أن الاتفاق على جعله ببذل عناية يكون مبررا، ويبقى التزام المدين جدياً ويقدر التخفيف بقدره، أي لا يجوز أن يحتج المدين في الحالة الأخيرة بوجود الاضطرابات رغم أنه لم يبذل العناية اللازمة، فيبقى مسؤولا عن بذل عناية.

أما إذا كان الناقل غير متخصص، فنعتقد بصحة شرط التخفيف على أن لا يكون البدل الذي يتقاضاه الناقل غير المتخصص، قريب إلى الأجرة التي يتقاضاها عادة الناقل المتخصص، ففي الحالة الأخيرة يسري عليه ما يسري على المتخصص من بطلان هذا الشرط.

والعلة في تشددنا تجاه هذا الشرط، هو أنه يفقد الدائن ميزة مهمة تتعلق بعبء الإثبات، فمثل هذا التقسيم يمنح للدائن في الالتزام بتحقيق غاية قرينة هامة تتعلق بالإثبات[(451)]، الذي يكون أحيانا مستحيلا في الالتزام بتحقيق غاية، ونعود إلى مثالنا السابق لتوضيح ذلك، حيث من

---

(450) (Cass.com.22 octobre 1996,Bull.civ.1996IV,n261p.223.) مشار إليه في: مجاهد، مرجع سابق، ص54–58.

(451) يمنح الفقهاء الفرنسيين للتفرقة بين الالتزام بغاية والالتزام بعناية أهمية في توزيع عبء الإثبات. للتفصيل في ذلك: حجازي، النظرية العامة للالتزام في وفقا للقانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص174.

الصعب بل ومن المستحيل في أحيان كثيرة، أن يثبت الدائن خلاف ما ادعاه المدين من أنه – الأخير – قد بذل العناية التي يبذلها الشخص العادي. والدائن عندما يرضى بالشرط لا يكون في ذهنه أنه سيواجه مثل هذه المشكلة، ففي الحقيقة يكون رضاه بالشرط منصباً على مسالة لا يعرف مدى خطورتها.

الفرع الثالث: التخفيف في درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام

الأصل أن يبذل المدين في تنفيذ التزامه عناية الرجل العادي، وهذا ظاهر في الالتزام ببذل عناية، إلا أَنه قد يتفق على أن يبذل المدين عناية أقل من عناية الرجل العادي[452]، أو يبذل عناية أقل من عنايته هو ذاته في شؤون نفسه.

ويجد مثل هذا الاتفاق –باعتقادنا– أساسه في نص المادة (1/211) مدني مصري التي جاء فيها:" في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

وقد أخذ المشروع بنص مطابق في المادة (1/234) منه. وجاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع:" ... على أن المتعاقدين قد يتفقان على العدول عن المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين ... ومتى تقررت العناية الواجب اقتضاؤها من المدين، اعتبر كل تقصير في بذل هذه العناية مهما يكن طفيفا موجبا لمسؤولية المدين..."[453].

وأرى أن مثل هذا الاتفاق لا يثير مشكلة توزيع عبء الإثبات، لأن الإثبات يبقى كما هو على عاتق الدائن، ولا يخسر الدائن مزية القرينة التي يتمتع بها الدائن في الالتزام بتحقيق غاية،

---

(452) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص675-676. أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص240. تناغو، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص161. الفضل، النظرية العامة، مرجع سابق، ص311. دسوقي، مرجع سابق، ص440. الجمال وآخرون، مرجع سابق، ص208. أبو السعود، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص230.

(453) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص277.

لأن الالتزام في هذا الشرط–شرط تخفيف العناية– يستدعي إثبات عدم بذل العناية لــيس التــي أوجبها القانون، وإنما التي أوجبها الاتفاق. ومثل هذا الاتفاق –باعتقادنا– يثير مشــكلة تفســير إرادة الأطراف حيث نستبعد أن يتوصل المتعاقدين إلى تنظيم درجة العناية المتفق عليها بشــكل دقيق، بل من شبه المؤكد وجود ثغرات في مثل هذا الاتفاق، مما يستدعي –باعتقادنا– الرجــوع إلى المعيار القانوني فيما لم ينظم في اتفاق التخفيف. ونضرب مثلا لتوضيح وجه الإشكالية فــي تنظيم مثل هذا النوع من العلاقات، لو اتفق على أن يبذل المدين في تنفيذ عقد الوديعــة عنايتــه بشؤون نفسه، دون أن تتجاوز تلك العناية عناية الرجل المعتاد– وهو اتفاق على التخفيف– فانه من الصعب معرفة العناية التي يبذلها المدين في شؤون نفسه، لذا سيبقى المدين غيــر مســؤول مهما كانت درجة العناية التي بذلها– على ألا تقل عن عناية أقل الناس حيطة وعناية– وسيكون من الصعب بل من المستحيل أحيانا إثبات أن المدين قد بذل عناية تقل عن عنايته فــي شــؤون نفسه، لان عنايته في شؤون نفسه قد تكون متفاوتة أصلا، وإن تجاوزنا مسالة الإثبات، ســتثور مشكلة تفسير إرادة الأطراف، حيث قد يدعي الدائن بأنه قصد في بــذل العنايــة تلــك العنايــة المعقولة بحيث لا يحفظ الوديعة –مثلا– في غرفة بابها من خشب نظرا لقيمة الوديعة العاليــة، فيما قد يدعي المدين بأنه قدر بأن الباب الخشبي كاف لحفظها، في حين أن معيار الرجل العادي لا يقبل بالباب الخشبي لحفظ مثلها، مما يجعل الفصل في مثل هذا نزاع غالبا لمصلحة المــدين الذي سيتهرب من خلال الادعاءات التي قد لا تكون صحيحة من التزامه بالحفظ، وسيتراخى في تأدية التزامه.

ولا يفهم من مثالي أنني أعترض على ما جاء في القانون فيما يتعلق بحفظ الوديعة، من أنه يبذل في حفظها إذا كانت غير مأجورة عناية الشخص في شؤون نفسه دون أن تزيــد عــن عناية الرجل العادي. فمثل هذا الحكم يفترض –غالبا– وجود اعتبار شخصي في العلاقــة بــين المودع والمودع لديه، وهذا الاعتبار الشخصي ليس بالضرورة أن يتوفر في الوديعة المأجورة، لذا اشترط المشرع في الأخيرة عناية الرجل العادي (المادة 2/720 مدني مصري)، وهو نهج – باعتقادي– سليم. ومن التطبيقات التشريعية لمثل هذا الشرط، ما ورد في المــادة (704) مــدني

مصري التي جاء فيها:" إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد"[(454)].

وأيضا جاء في المادة (1/720) مدني مصري: "إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد"[(455)].

الفرع الرابع: إعفاء المدين إعفاءً جزئيا من المسؤولية

يعد إعفاء المدين إعفاءً جزئيا من المسؤولية، صورة من صور تعديل المسؤولية في إطار اتفاقات تخفيف المسؤولية[(456)]. على أنه تجب التفرقة بين الإعفاء من المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالتزام من التزامات العقد، وبين الإعفاء الجزئي من المسؤولية. فالإعفاء من المسؤولية عن تنفيذ أحد الالتزامات التي يرتبها العقد، هو في الحقيقة إعفاء كامل من المسؤولية، أما الإعفاء الجزئي فيتعلق بجزء من المسؤولية التي تترتب على الالتزامات محل شرط الإعفاء، وهو بهذا المعنى يشبه شرط الإعفاء في كل خصائصه وأحكامه، إلا أنه يرد على جزء من المسؤولية المترتبة على أحد أو بعض الالتزامات.

إن الفرق بين الإعفاء الجزئي من المسؤولية وبين الإعفاء من المسؤولية، يكمن في أن الأول يرد على جزء من المسؤولية، فيما يتعلق الثاني بالمسؤولية كاملة، لكن ليس المسؤولية المترتبة على العقد بكليته، وإنما على أحد أو بعض آثاره، على أن لا تمس الالتزامات الرئيسة في العقد، إلا أن هذه التفرقة في الحقيقة شكلية ولا أثر لها على الأحكام.

فالأحكام في كلا الحالتين واحدة، فنطبق على الإعفاء الجزئي وهو صورة من صور التخفيف، ما نطبقه على الإعفاء الكلي من أحكام.

---

(454) أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (1/804) منه.

(455) أخذ مشروع المدني بهذا الحكم في المادة (1/831) منه.

(456) زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص181.

الفرع الخامس: الاتفاق على حد أعلى للتعويض

أدرس في هذا الفرع حالة يعتبرها فريق من الشراح والفقهاء بأنها من صور التخفيف وهي تخفيف التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه، ففيما يذهب البعض إلى أن هذه الصورة هي من صور اتفاقات التخفيف[457]. وجدنا أن بعضا آخر من الأساتذة ذهب إلى عدم ذكر هذه الصورة في معرض معالجته لحالات التخفيف في المسؤولية العقدية[458].

وأنا أذهب إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير في عدم اعتبار هذه الصورة ضمن صور الشرط المخفف للمسؤولية العقدية، ذلك أن التخفيف في المسؤولية يختلف عن التعويض الاتفاقي، فالتعويض أثر للمسؤولية، كما يمكن أن يكون الفسخ جزاءً لها، وقد سبق أن أوضحنا الفرق بين التعويض الاتفاقي وبين الشروط المعدلة في المسؤولية العقدية. أما ما جرت عليه العادة في عقود النقل من تحديد لمسؤولية الناقل بمبلغ معين[459] وقننته الاتفاقات والتشريعات فيما بعد، فهو في الحقيقة تعويض (قانوني) أريد به – من بين أسباب أخرى- حماية مصلحة عامة للناقلين، وحفاظاً على استمرار أعمالهم.

وشرط تحديد المسؤولية بمبلغ معين، يعد شرطا دارجا في عقود النقل وقد قننه المشرع في العديد من النصوص[460].

---

(457) يذهب إلى اعتبار هذه الصورة من صور التخفيف في المسؤولية: الأستاذ محمود جمال الدين زكي في كتابه: مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص171. والأستاذ إسماعيل المحاقري في كتابه: الإعفاء من المسؤولية، مرجع سابق، ص395. والأستاذ سليمان مرقس في كتابه: الوافي، ج2، مرجع سابق، ص644. والأستاذ عبد المنعم الصدة في كتابه: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص421.

(458) من الأساتذة الذين لم يعرضوا لحالة تقدير التعويض بأقل من الضرر كأحد حالات التخفيف في المسؤولية: الأستاذ السنهوري في مؤلفه: الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص673-689. والأستاذ رمضان أبو السعود في كتابه: مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص230-231. والأساتذة مصطفى الجمال و رمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد في مؤلفهم المشترك: مصادر واحكام الالتزام، مرجع سابق، ص208. والأستاذ سمير عبد السيد تناغو في كتابه: نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص161. والأستاذ منذر الفضل في كتابه: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص311.

(459) جاء في المادة (1/292) تجارة مصري:" لا يجوز في حالة نقل الأشخاص أن يجاوز التعويض الذي يحكم به على الناقل الجوي مائة وخمسين ألف جنيه بالنسبة إلى كل مسافر إلا إذا اتفق صراحة على تجاوز هذا المبلغ".

(460) جاء في المادة (3/340) من قانون التجارة البحرية المصري من انه:" ولا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذي يحكم به على الناقل في حالة التأخير في تسليم البضائع أو جزء منها عن الحد الأقصى المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة

المطلب الثاني: الاستثناءات التي ترد على شروط التخفيف

يرد على شروط التخفيف استثناءان هما حالتا الغش والخطأ الجسيم، ذلك أنه لا يجوز – وعلى غرار شرط الإعفاء– أن تخفف مسؤولية المدين دونهما، أدرسهما باقتضاب.

عرفت فيما مضى الخطأ الجسيم بأنه؛ ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه[461]. فيما سبق تعريف الغش بأنه؛ سوء النية العقدية، أو هو كل سلوك مضاد للالتزام العقدي[462].

وكما هو حال الشرط المعفي من المسؤولية، ففي الشرط المخفف أيضا لا يجوز في حالة الخطأ الجسيم، وذلك في جميع الشروط المخففة للمسؤولية، مع اختلاف الأساس القانوني الذي يستند إليه في كل شرط، فبَعْد أَن أجازت المادة(211) مدني مصري في فقرتها الأولى الشرط المحقق في درجة العناية نصت في فقرتها الثانيه على:" وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". وقد أخذ المشروع بذات الحكم في الفقرة الثانية من المادة (234) منه. يتضح أنه لا يجوز في حالة شرط التخفيف في درجة العناية أن يرد الشرط على حالة الغش، بأن يخفف المدين من مسؤوليته إذا تحققت أو يرتكب غشا بالواقع.

وكذلك هو الحال في الخطأ الجسيم، فلا يصح الشرط في أن يستفيد المدين من الشرط في حال الخطأ الجسيم، أو أن يرتكب المدين خطأً جسيماً في الواقع، وإلا فإنه لن يستفيد من الشرط.

أما في الشرط المخفف عبر تحويل الالتزام من تحقيق غاية إلى بذل عناية، فالأساس القانوني لبطلان شرط التخفيف في هذه الحالة بسبب الخطأ الجسيم مختلف. وهو –باعتقادنا– القاعدة العامة في عدم إجازة شرط الإعفاء في حالة الغش والخطأ الجسيم[463]، وذلك لاتحاد

---

233 من هذا القانون". وأشير إلى أن المبلغ المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 233 هو 2000جنيه عن كل طرد أو وحدة شحن أو بما لا يجاوز ستة جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي، أي الحدين أعلى.

(461) للتفصيل: ثانيا من الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول، ص74.

(462) للتفصيل: أولا من الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول، ص72.

(463) للتفصيل: الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول، ص81.

العلة. أي أن الالتزام يصبح -في حالة الشرط المخفف والشرط المعفي على السواء- غير ذي أهمية في نظر المدين، مما يؤدي إلى إهدار العقد.

وأشير أخيرا إلى أنه وقياسا على جواز إعفاء المدين من مسؤوليته العقدية عن الغير في حالتي الخطأ الجسيم والغش، كذلك يجوز التخفيف من باب أولى من مسؤوليته عن فعل الغير في هاتين الحالتين[464].

المبحث الثاني: تطبيقات شروط التخفيف والقيود التي ترد عليها

أدرس في هذا المبحث بعض التطبيقات التي وردت في القانون بخصوص شروط التخفيف، وذلك في بعض أهم العقود في مطلب أول، ثم في المطلب الثاني أدرس القيود التي ترد على شروط التخفيف.

المطلب الأول: تطبيقات شروط التخفيف من المسؤولية

أدرس في هذا المطلب لبعض تطبيقات الشروط المخففة من المسؤولية، وذلك في عقود البيع، والمقاولة، والوديعة.

الفرع الأول: عقد البيع

أوضحت فيما سلف أن تطبيق الشرط المعفي من المسؤولية في عقد البيع يتعلق بضمان الاستحقاق، أما الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيب الخفي، فهو في الحقيقة ليس اتفاقا من اتفاقات المسؤولية[465]، وإنما هو اتفاق يتعلق بالتزام عقدي، وليس له علاقة باتفاقات المسؤولية إلا كباقي الالتزامات الأخرى.

ويجوز شرط التخفيف من ضمان الاستحقاق الذي سبق وأوضحت أنه -ضمان الاستحقاق- يشمل التعويضات والاستحقاق ذاته[466]. وقد جاء في المادة (1/445) مدني

---

[464] للتفصيل: المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول، ص79.

[465] للتفصيل: ثانيا من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص89.

[466] للتفصيل: أولا من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص84.

مصري:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصـــا منـــه أو أن يسقطا هذا الضمان". وقد أخذ المشروع بنفس الحكم في المادة (1/467) منه.

فقد يتفق على إعفاء البائع من سبب معين من أسباب الضمان[467]، كالاتفاق على إعفائه من ضمان حقوق الارتفاق غير الظاهرة خلافا لما يقضي به القانون من ضمانها[468].

كما قد يتفق على عدم الضمان الراجع إلى بطلان أو فسخ سند ملكية البائع[469]. وفـــي هذه الحالة، أرى أنه يكفي أن يكون البائع عالما بسبب الفسخ، حتى يبطل شرط التخفيــف مـــن المسؤولية، ولا يشترط أن يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي حتى يبطل هذا الشرط، ذلك لأن مثل هذا الشرط يرد على تعرض البائع نفسه بطريق غير مباشر، فإذا كان سبب الإبطال مـــثلا هـــو الإكراه الصادر عن البائع بحق البائع الأول، فإن شـــرط التخفيـــف يكـــون بـــاطلا لأن ســـبب الاستحقاق هو تعرض البائع نفسه.

هذا وكما هو حال شرط الإعفاء من هذا الضمان فإنه لا يجوز في حالة تعمد إخفاء حق الأجنبي، وفي حالة تعرض البائع نفسه. إلا أنه يجوز الاتفاق على شراء ساقط الخيار وقد سبق توضيح ذلك[470].

الفرع الثاني: عقد الوديعة

جاء في المادة (1/720) مدني مصري:" إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد". وقد أخذ مشروع المدني بهذا الحكم في المادة (1/831) منه.

---

(467) تعد هذه الصورة أحد صور الإعفاء الجزئي من المسؤولية.

(468) الجمال، مصطفى: عقد البيع (منسوخ على الآلة الطابعة)، المكتب المصري الحديث، دون سنة، ص150. سعد، نبيل إبراهيم: العقود المسماة–عقد البيع، ط2، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص282. سلطان، العقـــود المســـماة، مرجع سابق، ص247.

(469) قاسم، محمد حسن: **الموجز في عقد البيع**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996، ص302.

(470) سبق تفصيل ذلك في: أولا من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص84.

وهذا التطبيق شبيه بالتطبيق السابق الإشارة إليه والمتعلق بعقد الوكالة، ذلك أنه في عقد الوديعة بغير أجر لا يكلف المودع لديه بعناية الرجل العادي، وإنما يبذل عنايته الخاصة، التي لا يشترط أن تتجاوز عناية الرجل العادي. وعليه يكون المودع لديه مسؤولا إذا هو قصر في حفظ الوديعة عن عنايته في شؤون نفسه. ومثل هذا الحكم –باعتقادنا– هو تخفيف قانوني من المسؤولية متأثرا بنظرية تدرج الخطأ.

ويجوز الاتفاق على تخفيف المسؤولية، كما يجوز الإعفاء منها في عقد الوديعة بوجه عام[471]. إلا أن هذا الحكم ليس ذاته في الوديعة الاضطرارية (اللازمة)، فقد جاء في موضعين من الأعمال التحضيرية للمدني المصري ما يفيد عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف بالنسبة للوديعة الاضطرارية، وقد ورد في المذكرات الإيضاحية للمشروع التمهيدي: "لا يجوز الاتفاق في الوديعة الاضطرارية على إعفاء الوديع من مسؤوليته ولا تخفيف هذه المسؤولية عنه، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع"[472]. وفي موضع آخر ورد في الأعمال التحضيرية بخصوص وديعة الفنادق بالذات:" كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية"[473]. غير أنه ورد في ذات الأعمال التحضيرية ما يفيد جواز شرط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية، فعندما استفسر في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلانا يعفي فيه نفسه من المسؤولية، فأجيب، بأنه إذا كان الإعلان صريحا في الإعفاء من المسؤولية وفي مكان ظاهر يراه النزيل ولم يعترض عليه، فإن صاحب الفندق لا يكون مسؤولا حتى عن التعويض المخفف، لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز في هذه الحالة طبقا للمادة (224) فقرة ثانية من المشروع[474].

والعلة في تضارب الأحكام –كما يقول الأستاذ السنهوري– ترجع إلى أن المسألة لا تخلو من خلاف. هناك أولا إجماع على أن تعليق إعلان في غرف الفندق، وفي ردهاته يعفي صاحب الفندق نفسه من المسؤولية أو يخفف من مسؤوليته، لا يكفي إذا لم يثبت أن النزيل قد

---

[471] السنهوري، الوسيط، ج7، المجلد الأول، مرجع سابق، ص710–711.

[472] مجموعة الأعمال التحضيرية ج5، ص267 في الهامش.

[473] مجموعة الأعمال التحضيرية، ج5، ص272.

[474] مجموعة الأعمال التحضيرية، ج5، ص270–271.

رأى هذا الإعلان، وقبل ما جاء فيه. ولكن يبدأ التردد إذا كان النزيل قد رأى هذا الإعلان وقبله صراحة أو ضمنا بعدم الاعتراض عليه، ويزيد التردد إذا اشترط صاحب الفندق صراحة بموجب اتفاق خاص تخفيف مسؤوليته او اعفاءه منها. فالرأي الغالب في الفقه الفرنسي أن الشرط صحيح وتخف به مسؤولية صاحب الفندق أو يعفى منها[(475)].

ويرى البعض[(476)]، بأن الإعلان المعلق في الغرف لا يؤدي إلى تخلص أصحاب الخانات والفنادق من المسؤولية، ويبرر ذلك بعدم جواز تخلص المتعهد من تعهده بإرادته فقط. ويرى بجواز التخلص من المسؤولية إن هو لفت نظر المسافر إلى مثل هذا الإعلان، فلم يعترض عليه[(477)]، وهو مذهب العديد من أحكام المحاكم الفرنسية[(478)].

فيما يرى آخرون بأنه لا يجوز التخلص من المسؤولية، ولو بشرط صريح، لأن وديعة الفنادق صورة من الوديعة الاضطرارية، فيكون شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، ولو كان شرطا خاصا صريحا، باطلا لا أثر له[(479)].

وأنا أذهب إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير، وأرى أن الشرط المعفي أو المخفف من مسؤولية صاحب الفندق غير جائز، والعلة في ذلك –باعتقادنا– أن المودع لديه في الوديعة الاضطرارية يكون في مركز قوي، والمودع يكون في مركز ضعيف، فحتى لو علم المودع بالشرط فإن علمه لن يمكنه من رفض التعاقد على النحو الذي يشترطه المودع لديه، لأن المودع سيجد بأن كثيرا من الفنادق إن لم تكن كلها تشترط نفس الشرط، فلا يكون له إلا أن يقبل الشرط لأنه يكون مضطرا غالبا إلى النزول في الفندق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن التزام صاحب الفندق ينبع من المقابل العالي الذي يقتضيه عادة مقابل نزول النزيل في الفندق، فيكون

---

(475) السنهوري، الوسيط، ج7، المجلد الأول، مرجع سابق، ص777.

(476) للتفصيل في الخلاف حول صحة شرط التخفيف والإعفاء من مسؤولية صاحب الفندق أو الخان: طلبة، ج2، المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص204–205.

(477) مرسي باشا، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد– العقود المسماة**، ج1، القاهرة، المطبعة العالمية، 1952، ص627–628.

(478) للتفصيل في هذه الأحكام: زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص25.

(479) السنهوري، الوسيط، ج7، المجلد الأول، مرجع سابق، ص778.

التزامه بالمحافظة على أشياء النزيل التزاما رئيسا بإرادة الأطراف. ذلك أن شـروط التخفيـف والإعفاء لا تنسجم مع الدور الذي يجب أن يقوم به أصحاب الفنادق تجاه أشياء النزلاء، ولا مع الدور الذي يقوم به أصحاب الخانات تجاه أشياء المسافرين. ومن جهة ثالثة، فإن إجازة مثل هذه الشروط يؤدي إلى عدم اطمئنان الناس على أموالهم وإلى إهمال أصحاب الفنادق في المحافظـة على أشياء النزلاء، وإهمالهم أيضا في اختيار العاملين لديهم. وعليه فإننا نرفض إجازة مثل هذا الشرط حتى عن فعل التابعين.

وأرى بضرورة أن يعالج المشروع هذه المسالة بنص صريح، خاصة وأنها محل خلاف بين الفقهاء كما أسلفنا، وهذا الخلاف ليس في الفقه العربي فحسب، بل في الفقه عموماً. وذلـك بالنص على عدم جوازها صراحة فيما يتعلق بالوديعة الاضطرارية بكافة أنواعها.

وأشير إلى جواز الشرط المعفي أو المخفف لمسؤولية صاحب الفنـدق أو الخـان فيمـا يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ما لم يكونوا قد تسلموها لحفظهـا. ولا خـلاف حول هذا الحكم، فهذا الحكم ليس الا تكرارا لما نص عليه القانون من عدم مسـؤولية صـاحب الفندق في هذه الحالة[480].

الفرع الثالث: عقد المقاولة

نصت المادة (653) مدني مصري على أنه:" يكون باطلا كل شرط يقصد بـه إعفـاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه". وعليه فإن مسؤولية المقاول والمهنـدس المعماري تكون من النظام العام، ويبرر البعض ذلك بأن تهدم المباني لا يصيب صاحب العمـل وحده بالضرر، بل يؤدي إلى مخاطر تصيب الغير في الأرواح والأموال[481]. وأرى أن إصابة أي كان كافية لاعتبار الحكم من النظام العام، فجسد الإنسان لا يصح أن يكون محلا للتعامل.

---

[480] بهذا المعنى المادة (2/727) مدني مصري والمادة (2/847) من المشروع.

[481] السرحان، عدنان: شرح القانون المدني- العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة)، عمـان، مكتبـة دار الثقافـة للنشر والتوزيع، 1996، ص70.

وعليه فإن ضمان المقاول والمهندس، غير جائز الاتفاق على الإعفاء منـــه أو تخفيفـــه، وذلك على خلاف الأصل العام الذي يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها. وقد نص المشروع على نفس الحكم في المادة (746) منه[482].

المطلب الثاني: القيود التي ترد على شروط التخفيف

ترد على شروط التخفيف العديد من القيود، وتختلف تلك القيود باختلاف الصورة التي نتحدث عنها، ففيما يتعلق بالإعفاء الجزئي من المسؤولية، فإنني أرى أنه تطبق عليها القيود التي وردت بخصوص شرط الإعفاء، وذلك لأن شرط التخفيف الجزئي هو في الحقيقة صورة من صور شرط الإعفاء[483]. وأدرس في هذا المطلب القيود التي ترد على الصور الأخرى لشرط التخفيف.

الفرع الأول: القيود التي ترد على شرط تخفيف درجة العناية

من البديهي القول؛ بأنه إذا كان شرط تخفيف درجة العناية يشكل بندا تعسفيا فإن للقاضي استبعاده، وقد سبق أن درست في سلطة القاضي في تعديل البند التعسفي وذلك إذا ورد في عقد مع مستهلك، أو ورد في عقد إذعان، كذلك فإن شرط التخفيف في درجة العنايـــة إذا ورد علـــى مسؤولية المدين عن الأضرار الجسدية يكون باطلا لأنه لا يصح أن يكون جسد الإنسان محـــلا لاتفاقات من هذا النوع، فسلامة جسد الإنسان فوق كل اتفاق[484].

لكن يثور السؤال حول مدى صحة الاتفاق على التخفيف من درجة العناية التي قد تـــرد على التزام رئيس في العقد، ونظرا لأهمية هذا القيد فإنني سأتعرض له بشيء من التفصيل فيما يتعلق بشرط تخفيف درجة العناية، فإذا كان القانون يتطلب عناية الرجل العادي، فالسؤال يثـــور حول صحة شرط تخفيف درجة العناية إلى حد أقل إذا كان الالتزام التزاما رئيسا في العقد.

---

[482] للتفصيل: الفرع الثالث من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص95.

[483] للتفصيل في القيود التي ترد على شرط الإعفاء: المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص116.

[484] للتفصيل: الفروع الأول والثاني والثالث من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص116 وما بعدها.

أرى عدم إجازة مثل هذا الشرط بوجه عام، والعلة في ذلك، أن الالتزام الرئيس في العقد لا يجوز المساس به بالاتفاق على ما يناقضه، فهو يرتبط بوجود العقد، وينتج عن عدم وجـوده إهدار العلاقة العقدية، وكذلك الحال إن تم التعامل معه –مع الالتزام الـرئيس– بغيـر الجديـة الملائمة، حيث إن مثل هذا التعامل يفرغ العقد من أهميته. إلا أننا لا نرفض وجود شرط يخفف من درجة العناية المطلوبة في أحوال وظروف مبررة ومعقولة؛ وقد تكون تلك الأحوال تتعلـق بالمدين، كما قد تكون خارجية تتعلق بالظروف المحيطة بتنفيذ الالتزام.

ومن الظروف التي تتعلق بالمدين أن يكون –المدين–مستجدا على المهنة، كـأن يكـون محامياً مجازاً لأعمال المحاماة منذ فترة قصيرة، فهنا يكون الاتفاق مبررا على بذله عناية قد تقل عن عناية المحامي العادي من أوسط زملائه، ومعيار الشخص العادي في هذه الحالة، وإن كان يراعي أن هذا المحامي جديد، فإنه لن يراعي الجانب الشخصي لقدرات هذا المحـامي، وإنمـا سيقرنه بغيره، وهو ما أرى جواز الاتفاق على معيار أقل منه، أما إذا كان المحامي مجازاً منـذ فترة طويلة، فمثل هذا الشرط يجب عدم الأخذ به.

كما قد تكون الظروف خارجية وليس شخصية، ومن ذلك أن يتفق الوديـع بـاجر مـع المودع على عدم مسؤولية الأول إن هو بذل عناية تقل عن عناية الرجل العادي، وذلك بسـبب أنه لا يملك حرز المثل المعتاد ليحفظ فيه الوديعة المتفق على إيداعها، وإنما لديه مكـان لا يـتم الحفظ فيه عادة لمثل هذه الوديعة، كأن تكون البضاعة بحاجة إلى برادات خاصة، غير متـوفرة لدى الوديع، فهنا إذا اشترط الوديع عدم مسؤوليته إن تلفت البضاعة بسبب نقص العنايـة عـن عناية الرجل العادي، فإن مثل هذا الاتفاق وإن ورد على التزام رئيس غير أنه مبرر ومعقـول. إلا أنه لا يستساغ الاتفاق على أن لا يبذل الوديع العناية التي يبذلها الشخص العادي إذا كان لديه الوسائل اللازمة للقيام بهذا الالتزام، فمثل هذا الاتفاق يفتح الباب للغش بغير رادع تحت غطـاء قانوني، وهو ما يرفضه المشرع.

من خلال هذين المثلين، نجد أن شرط التخفيف في درجة العناية ليس مقصودا لذاته، بل لظروف دفعت المتعاقدين إلى الأخذ به، فإن توفرت تلك الظروف صح الشرط، وإن تخلفت تلك

الظروف –فأعتقد– أن على القاضي استبعاد ذلك الشرط بالقدر الذي لا يكون فيه الشرط مبررا.

ويلاحظ أن الأساس القانوني لاستبعاد الشرط في الحالة الأخيرة متوفر بوضوح في المشروع، فقد أخذ المشروع بنظرية سبب الالتزام إلى جانب نظرية سبب العقد[485]، وسبب الالتزام أو كما يطلق عليه السبب القصدي[486]، يقصد به الباعث[487] الذي يدفع للعقد مباشرة[488]، وهو –كما يرى كابيتان[489]– ليس الالتزام المقابل بل تنفيذ هذا الالتزام[490]. وعليه يستطيع القاضي في ظل أخذ المشروع بنظرية سبب الالتزام، أن يستبعد الشرط الذي يؤدي إلى عدم تكافؤ التزامات الطرفين، فإذا كان الشرط المخفف في درجة العناية يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام المقابل ببذل العناية اللازمة، فإن الشرط يبطل لأنه يخل بركن السبب.

أما الوضع في المدني المصري فهو مختلف، فقد أخذ هذا القانون بنظرية السبب الحديثة، التي تأخذ بالسبب الباعث، ويقصد به الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد. وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث[491]. ولما كانت نظرية السبب في المدني المصري بهذا المفهوم، فمن الصعب الاعتماد عليها في استبعاد هذا الشرط إذا كان –مثل هذا الشرط– يقلل من أهمية الالتزام الرئيس في العقد. خاصة في ظل وجود النص الذي يجيز الشرط الذي يقلل من درجة العناية في تنفيذ الالتزام[492].

---

(485) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص146.

(486) دواس، أمين: مرجع سابق، ص111.

(487) يلاحظ أن المذكرات الإيضاحية استعملت عبارة (الباعث) ويبدو أن المقصود فيها (الغرض) وليس الباعث، فالباعث يقصد به عنصرا نفسيا وهو سبب العقد، بينما يقصد بالغرض ذلك السبب المباشر للتعاقد وهو لا يتغير من عقد لآخر، بل هو واحد في كل طائفة من طوائف العقود. للتفصيل في تعريف الباعث: ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمدني المصري، ج2، ص225.

(488) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص146.

(489) يعد الفقيه كابيتان عميد أنصار نظرية السبب التقليدية.

(490) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص448.

(491) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص473.

(492) أقصد المادة (1/211) مدني مصري.

الفرع الثاني: القيود التي ترد على شرط تخفيف نوع الالتزام

كما سبق وقلت، يقصد بشرط تخفيف نوع الالتزام، هو أن يتفق على أن يصبح التزام المدين في تنفيذ التزامه ببذل عناية، بدلا من تحقيق غاية، ومثل هذا الاتفاق يؤدي إلى أن لا يكون المدين مسؤولا عن فعله المجرد عن الخطأ. فيجب حتى تثبت مسؤولية المدين، إثبات أنه لم يبذل العناية المتفق عليها. وترد القيود سالفة الذكر على هذا الشرط أيضا، فلا يجوز أن يكون الشرط تعسفيا، كما لا يجوز أن يرد على جسد الإنسان، ولا يجوز أن يرتب أثرا في مواجهة المستهلك، وهذه الأمور سبق تفصيلها[493].

كما يجب أن لا يتعارض هذا الشرط مع الالتزام الرئيس في العقد فيعفي منه بطريق غير مباشر، وقد سبق لنا تفصيل ذلك[494].

إلا أن القيد الهام الذي يجب إيراده على مثل هذا النوع من الشروط تحديدا، هو توضيح المقصود بالعناية المطلوب بذلها، فالأصل في مثل هذا الالتزام أن العناية التي يبذلها الرجل العادي في الأعم الغالب، هي التي تؤدي دوما إلى نتيجة واحدة، ألا وهي تنفيذ العقد (تحقيق النتيجة)، مما يجعلنا نتساءل حول درجة العناية التي يجب بذلها في حال الاتفاق على مسؤولية المدين عن بذل عناية بعد أن كانت في الأصل بتحقيق غاية.

فلو أخذنا بمعيار الرجل العادي، لوجدنا أن الرجل العادي يحقق الغاية المطلوبة دوما أو على الأقل غالبا، وهي- العناية- تؤدي بالضرورة إلى تحقيق الالتزام، وما تقسيم الالتزامات إلى بذل عناية وتحقيق غاية إلا تبعا لهذا الاستقرار في سلوك الناس. فما هو معيار بذل العناية في مثل هذا الشرط؟

أعتقد أن اتفاقا كهذا لا يمكن تفسير العناية المطلوبة به إلا على أساس معيار شخصي، فالمعيار الموضوعي يتعارض مع مثل هذا الشرط، ولما كان الأمر يجري على هذا النحو، فإنني أرى في مثل هذه الحالة أن يتفق بالضرورة على شرطين هما: أن يكون عدم التنفيذ مبررا، وان

---

(493) للتفصيل: الفروع الأول والثاني والثالث من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص116 وما بعدها.

(494) للتفصيل: الفرع الرابع من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص123.

يلتزم المدين بإثبات أنه بذل العناية اللازمة بالمعنى الشخصي. حيث سيكون من الصعب القول بأن المدين أخل بالتزامه، لأن المعيار شخصي، ولأن الدائن يكون بمثل هذا الشرط من شروط التخفيف قد تخلى عن قرينة قانونية تتعلق بالإثبات لمصلحته.

فإذا لم تتفق الأطراف على هذين الشرطين، فإنه يمكن استنتاجهما من طبيعة هذا الاتفاق ضمنا، فمن غير المعقول أن يقصر المدين في العناية إلى درجة تقل عن عنايته في شؤون نفسه وإن تجاوزت معيار الرجل العادي، ومثل هذه العناية يفترض أن تكون ماثلة في أذهان المتعاقدين عند الشرط، كما أنه من غير المقبول أن يكون عدم التنفيذ غير مبرر، فيفترض أن الأطراف ينفذون العقد بحسن نية، وحسن النية تقتضي بذل الجهد، فإذا لم ينفذ العقد يفترض أنه لم ينفذ في ظل ظروف أو أحوال أدت إلى عدم التنفيذ، على أن تكون مثل هذه الظروف والأحوال مبررة، وهو ما يمكن فهمه من مثل هذا الشرط، فإن كان عدم التنفيذ غير مبرر فمن المستساغ القول بأنه –عدم التنفيذ غير المبرر– في هذه الحالة ناقض العقد.

الفرع الثالث: القيود التي ترد على شرط تقصير مدة التقادم

الأصل أن الشرط الذي يرد على مدة التقادم شرط باطل، سواء أدى إلى إنقاص المدة أو زيادتها، وهو ما نصت عليه المادة (1/388) مدني مصري التي نصت على أنه:"لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"[495].

على أنه إذا وردت في القانون أحوال يجوز فيها الاتفاق على إنقاص مدة التقادم، مثل الحالة التي وردت بخصوص ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة، وهو ما أشارت إليه المادة (455) مدني مصري[496]، ففي مثل هذه الأحوال أرى أن القيد الذي يرد على هذا الشرط يتمثل في أن تنزل المدة المتفق عليها إلى قدر يعيق استعمال الدائن لحقه في مقاضاة الطرف

---

[495] أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (1/426) منه.

[496] أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (481) منه.

الآخر، فإذا انقصت المدة إلى قدر قصير جدا لا يسمح للدائن أن يمارس حقــه، أو يعيقــه إلــى درجة كبيرة، فإن مثل هذا الشرط يبطل في هذه الحالة.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الشروط المخففة من حيث الموضوع

سبق وعرضت لآثار شرط الإعفاء من حيث الأشخاص، والتي تنطبــق علــى شــرط التخفيف، لذا اكتفي بما ورد في المطلبين الثاني والثالث من المبحث الثالث من الفصــل الأول. حيث عرضت في ذات المقام للآثار المترتبة على بطلان شروط التخفيف.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على شرط تخفيف درجة العناية

يترتب على الاتفاق على أن يبذل المدين في تنفيذه للالتزام عناية أقل من عناية الرجــل العادي أثران؛ فمن جهة أولى يترتب على مثل هذا الاتفاق، ألا يكون المدين مسؤولا إن هو بذل العناية المتفق عليها وإن كانت أقل من عناية الرجل العادي. ومن جهة ثانية، فإن المدين يبقــى مسؤولا إن نقصت تلك العناية إلى درجة الخطأ الجسيم، فإن كانت العناية المبذولة قليلــة إلــى درجة الإهمال الشديد، أو الرعونة، فإن الشرط لا يرتب أي أثر، ويبقى المدين مسؤولا، وكذلك هو الحكم إذا صدر غش عن المدين.

ولا يرتب مثل هذا الشرط آثارا من حيث عبء الإثبات، فيبقى عبء الإثبات كما هــو، إلا أنه يزداد صعوبة على الدائن الذي سيثبت أن العناية التي بذلت أقل من العناية المتفق عليها، وهو أمر من الصعب تحقيقه، فهذا الشرط وإن كان لا يؤثر على توزيع عبء الإثبات، فهو يؤثر على مدى الإثبات، أي أنه سيكون على الدائن إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ الالتزام العنايــة المتفق عليها، وفي ذلك صعوبة بالغة على الدائن.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على شرط تخفيف نوع الالتزام

لهذا الشرط من شروط التخفيف خصوصية من حيث إنه يحمل في ثناياه أثــرا يســتفاد ضمنا، وهو أن المدين يعفى من المسؤولية عن فعله المجرد الذي في الأصل يكون مسؤولا عنه

بموجب الآثار التي يرتبها عدم تحقيق الغاية في تنفيذ الالتزام، ففي الالتزام بغاية لا يستطيع المدين التذرع بأنه لم يخطئ، وإنما له فقط أن ينفي علاقة السببية، أما فعله المجرد عن الخطأ فيسال عنه لانه –المدين– لا يستطيع الادعاء بأنه بذل العناية المطلوبة أو التي يبذلها الرجل العادي، لذا يبقى مسؤولا وإن كان فعله مجرداً عن الخطأ. أما في ظل شرط تخفيف نوع الالتزام من تحقيق غاية إلى بذل عناية، فإن المدين يستطيع التمسك بأن فعله ليس خطأً، ولذا فلا يكون مسؤولا بحكم هذا الشرط.

كما أن الشرط الذي يرمي إلى تحويل الالتزام إلى بذل عناية، يؤدي إلى أن الدائن يتخلى عن القرينة القانونية المقررة لمصلحته بالإثبات، ويصبح عليه واجب إثبات خطأ المدين لكن دون قرينة لمصلحته، فإذا كان الأصل في الالتزام بتحقيق غاية أن الدائن يثبت الالتزام، ويثبت أن الالتزام لم يتم تنفيذه عبر تقرير ذلك[497]، وهو إثبات كاف. إلا أنه في حال الالتزام ببذل عناية فيجب عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية المطلوبة، وهو أمر صعب، ووجه الاختلاف بيّن، ففي الحالة الأولى هناك قرينة لمصلحة الدائن مفادها أن عدم التنفيذ يعد خطأً يسال عنه المدين وعلى المدين أن يثبت السبب الأجنبي أو خطأ الدائن، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية الموقرة:" عقد نقل الأشياء يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فإذا تلفت هذه الأشياء أو هلكت فإنه يكفى أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل و يعتبر هذا إثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئوليته عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه و لا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في ذات الأشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من الغير"[498].

---

[497] الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص416.

[498] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0190 لسنة 34 بتاريخ 19 / 12 / 1968 سنة المكتب الفني 19. والفقرة الثالثة من الطعن رقم 0125 لسنة 21 بتاريخ 07 / 01 / 1954 سنة المكتب الفني 05. الفقرة الثانية من الطعن رقم 0199 لسنة 36 بتاريخ 24 / 11 / 1970 سنة المكتب الفني 21. الفقرة الثالثة من الطعن رقم 0002 لسنة 46 بتاريخ 19 / 03 / 1979 سنة المكتب الفني 30.

بينما في الحالة الثانية أي حالة التزام المدين ببذل عناية، فالدائن عليه أن يثبت الخطأ لا مجرد عدم التنفيذ[499]، لأن المدين يكفيه في الحالة الثانية أن يقرر أنه بذل العناية اللازمة، أو يدعي أنه بذل العناية اللازمة، مما ينقل عبء الإثبات على من يدعي الخطأ وهو الدائن.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على شرط تقصير مدة التقادم

يترتب على شرط تقصير مدة التقادم، أن الدائن لا يستطيع رفع دعوى المسؤولية ضد المدين بعد المدة المتفق عليها. ويستطيع المدين التمسك بهذا التقادم كأحد الدفوع أمام القضاء مستندا إلى شرط تقصير المدة الوارد في العقد.

---

[499] قررت محكمة التمييز الموقرة بأنه:" ألزمت المادة (841 / 2) من القانون المدني الوكيل باجر أن يبذل في تنفيذ الوكالة عناية الرجل العادي، وحيث أن المحامي الوكيل قد احتصل لموكله (المدعي) على حكم قضائي في دعوى التعويض عن الاستملاك، وحتى يعتبر الوكيل مقصرا في تنفيذ الوكالة فلا بد أن يثبت الموكل انه كلفه بشيء محدد وقصر في تنفيذه أو لم يقم به أصلا، وحيث أن محكمة البداية قنعت من البينات المقدمة أن الموكل لم يكلف المحامي الوكيل بالطعن استئنافا بقرار محكمة البداية مع علمه ومعرفته به كما لم يقم بدفع الرسوم للوكيل لرفع هذا الطعن، كما رفض توجيه اليمين الحاسمة للمحامي الوكيل حول هاتين الواقعتين بعد ما أفهمته المحكمة انه قد عجز عن إثباتهما فلا يكون المحامي الوكيل طبقا للبينات المقدمة مقصرا في تنفيذ الوكالة وانه قد بذل العناية المطلوبة منه". تمييز حقوق رقم القرار: 785 / 1999 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1999 صفحة رقم: 3308. كما جاء في قرار آخر لذات المحكمة: "يعتبر التعهد الصادر عن المدعى عليهما المتضمن المحافظة على حياة مكفولتهما وعدم تعريضها للخطر بأنه التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية. وبناء على ذلك فان الدعوى المقامة من النائب العام للمطالبة بقيمة الكفالة من الكفيلين نتيجة مقتل مكفولتهما من قبل والدها لا تقوم على أساس لعدم إثبات أن المدعى عليهما قصرا أو أهملا بالمحافظة على حياة المغدورة". تمييز حقوق رقم القرار: 689 / 1987 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1987 صفحة رقم: 862.

الفصل الثالث

الشرط المشدد للمسؤولية العقدية

الفصل الثالث

الشرط المشدد للمسؤولية العقدية

أدرس في هذا الفصل، توضيح الشروط المعدلة في المسؤولية العقدية عبر تشديد تلك المسؤولية، حيث أدرس، شرط ضمان السبب الأجنبي، في مبحث أول، فيما أدرس في المبحث الثاني، الشرط القاضي بالتشدد في تقييم مسلك المدين، ثم أدرس في مبحث ثالث بعض تطبيقات الشرط المشدد في المسؤولية، والضمان على حد سواء، وذلك في بعض العقود، وكذلك أدرس القيود التي ترد على شروط الإعفاء.

المبحث الأول: شرط تحمل المدين السبب الأجنبي

أدرس في هذا المبحث شرط تحمل المدين السبب الأجنبي، حيث خصصت المطلب الأول، للمقصود بالقوة القاهرة وشروطها وأثرها على العقد، وفي المطلب الثاني أدرس جواز تحمل المدين السبب الأجنبي وتكييفه القانوني وأثره على عبء الإثبات وعلى المسؤولية.

المطلب الأول: المقصود بالسبب الأجنبي وأثره على العقد

السبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً، وقد يكون خطأ الغير أو خطأ الدائن[500]، وفي هذه الأحوال لا تقوم مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ.

وأدرس في هذا المطلب ما المقصود بهذه الحالات، ثم أدرس أثرها على الالتزام العقدي. ونظرا لما تحتله القوة القاهرة من مكانة خاصة بين هذه الأسباب، حيث قد تتحقق شروطها في فعل الغير وفعل الدائن، فإنني سأدرسها في الفرع الأول، فيما أدرس في الفرع الثاني خطأ الدائن وخطأ الغير، ثم أثر السبب الأجنبي على العقد في الفرع الثالث.

[500] بهذا المعنى المادة (165) مدني مصري، يقابلها نص المادة (181) من المشروع.

الفرع الأول: المقصود بالقوة القاهرة وشروطها

عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بأنها:" القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد تكون أمر إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع"[501]. وعليه، فانه يشترط في القوة القاهرة شرطان: الأول هو استحالة التوقع، والثاني هو استحالة الدفع، أدرسهما بإيجاز، إلى جانب شرط الخارجية، الذي يعد ضروريا في الأحيان التي يكون فيها الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أمرا داخليا.

1- استحالة التوقع

يجب أن لا يكون في الإمكان توقع الحادث، ويستتبع عدم التوقع أن الفعل الطارئ بطبيعته غير ممكن توقعه عقلا، فلا يعتبر قوة قاهرة ما يصح في حدود المألوف وقوعه كالمطر في فصل الشتاء، وإنما يعتبر قوة قاهرة ما لا يمكن في حدود المألوف توقعه، كالفيضان الشاذ في نهر معد للملاحة[502]. كما تعتبر القرارات الإدارية من قبيل القوة القاهرة، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه:" استقر الاجتهاد على أن الأوامر الإدارية الواجبة التنفيذ تعتبر قوة قاهرة لأن شرطي استحالة التوقع واستحالة الدفع تتوافر بهما"[503].

ولا يمكن اعتبار واقعة ما قوة قاهرة دائما، فالحرب تعتبر أحيانا قوة قاهرة إذا كانت غير متوقعة، أما إذا كانت الحرب قائمة، أو متوقع حدوثها فلا تعد من قبيل القوة القاهرة[504].

---

(501) الفقرة الثانية من الطعن رقم 0423 لسنة 41 بتاريخ 29 / 01 / 1976 سنة المكتب الفني 27. يمكن الرجوع للتعريف الفقهي للقوة القاهرة في رسالة: الجفين، عبد الهادي فهد علي: **اثر القوة القاهرة على العقد في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الإرادة في تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الكويت، 1999، ص5. عامر وآخر، مرجع سابق، ص392. سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص382.

(502) عامر وآخر، مرجع سابق، ص392. بنفس المعنى: سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص382-383.

(503) تمييز حقوق رقم القرار: 20 / 1987المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1987 صفحة رقم: 2081. وتمييز حقوق رقم القرار: 245/ 1990 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1990 صفحة رقم: 1798.

(504) الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص432.

وعليه فإذا كانت الواقعة التي يتذرع بها لعدم تنفيذ الالتزام متوقعة فيصبح الادعاء بالقوة القاهرة حقيقاً بالرد"[505].

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي[506]، وليس معياراً ذاتيـاً[507]، أي أن معيـار التوقع يقاس بمعيار الرجل العادي، وهو المعيار الذي يأخذ به الفقه الغالب والقضاء[508].

والقضاء هو الذي يقدر إذا ما توافرت عناصر القوة القاهرة أم لا، كونها مسألة واقـع، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية:" إن قيام القوة القاهرة في ظروف تنفيذ العقد هو مـن الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع"[509].

2-استحالة الدفع

يقصد باستحالة الدفع، أي انه يشترط أن لا يمكن مقاومة الحادث، ولا التغلب عليه حتى يعتبر قوة قاهرة[510]، كذلك إذا كان المدين يستطيع تنفيذ التزامه رغم وجود القوة القاهرة فلا يصح التمسك بها[511]. وفي السياق نفسه قضت محكمة النقض المصرية، بأنه طالما أمكن توقي القوة القاهرة فلا مسوغ للتمسك بها[512].

---

(505) تمييز حقوق رقم: 461 / 1985 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1985 صفحة رقم: 1326.

(506) فودة، عبد الحكم: **إنهاء القوة الملزمة للعقد**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص593.

(507) سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص383.

(508) المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص230.

(509) تمييز حقوق رقم: 233 / 1982 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1982 صفحة رقم: 1150.

(510) عامر وآخر، مرجع سابق، ص394.

(511) وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية:" إن تعطيل الموتور العائد للشركة المتعاقدة وحده لا يشكل قوة قاهرة تحـل الشركة من تنفيذ العقد، إذ يمكن تنفيذ العمل بغير الموتور المعطل، أي لا يستحيل التنفيذ". تمييز حقوق رقم القرار: 52 / 1978 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1978 صفحة رقم: 715.

(512) جاء في قرار محكمة النقض المصرية الموقرة: "يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كـاملاً، ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ الغير، حالة أنه يشـترط لاعتبـار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرر منه، ولما كان سقوط الأمطار وأثرها على الطريق الترابي، في الظروف والملابسات التي أدت إلى وقوع الحادث في الدعوى المماثلة من الأمور المألوفة التـي يمكـن توقيهـا ولا يستحيل على قائد السيارة المتبصر التحرر منها، و كان الخطأ المنسوب لقائد السيارة النقل قد انتفى بحكم جنـائي قضـى

ويقصد باستحالة دفع القوة القاهرة استحالة دفعها مطلقا، وليس استصعاب تنفيذ الالتزام أو الإرهاق في تنفيذه جرائها[(513)]. كما ويذهب قضاء النقض المصري إلى أن المقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة[(514)]، أما مجرد صعوبة التنفيذ فلا تعد من قبيل الاستحالة.

3- الخارجية

يضيف البعض شرطا ثالثا، وهو (الخارجية) أي أن يكون الحادث خارجياً، ولا يد للمدين فيه أما إذا كان أمرا داخليا فلا يعفى منه، ويعد من قبيل الحادث المفاجئ الذي لا ينقضي به الالتزام عند من يأخذون بالتفرقة[(515)]. ومذهب القضاء الفرنسي هو أن العيب الداخلي للشيء لا يعد حادثا مفاجئا[(516)]، فإذا أصيب المسافر في أثناء النقل جراء عيب في الناقلة لم يستطع الناقل كشفه ألقى القضاء الفرنسي والمصري المسؤولية على الناقل[(517)]. وقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى أنه:" استقر اجتهاد محكمة النقض على أن انفجار العجلة في السيارة المؤدي إلى تدهورها لا يشكل قوة قاهرة تعفي من المسؤولية طالما الحادث من داخل السيارة لا من خارجها"[(518)]و[(519)].

ببراءته والتزام الحكم المطعون فيه بحجيته في هذا الخصوص فإنه إذ قضى برفض دعوى الطاعنين بمقولة أن الحادث وقع بسبب أجنبي لا يد لقائد الأتوبيس فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" الفقرة الثانية من الطعن رقم 0784 لسنة 45 بتاريخ 07 / 03 / 1979 سنة المكتب الفني 30.

(513) تمييز حقوق رقم القرار: 61 / 1975 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1975 صفحة رقم: 512.

(514) نقض مدني 3 نوفمبر 1955، مجموعة أحكام النقض، س6 رقم 199 ص1473. استئناف مختلط في 8 فبراير1911، 232 ص159. طعن 865 لسنة 53ق جلسة 1991/1/30. موسوعة مبادئ النقض في المسؤولية المدنية للمستشار احمد هبة، ص167. مشار إليها في: المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص240. على عكس ذلك: الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص361.

(515) في تفصيل ذلك: المحاقري، إسماعيل: مرجع سابق، ص224-225.

(516) دسوقي، محمد: تقدير التعويض، مرجع سابق، ص266.

(517) زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص384-385.

(518) محكمة النقض الرابعة في 2003/4/28 منشور بتاريخ 2005/7/20 على شبكة الانترنت:
http://www.mybiznas.com/abdlaw/new_page_84.htm

(519) الفقرة الأولى من الطعن رقم 1529 لسنة 49 بتاريخ 25 / 05 / 1983 سنة المكتب الفني 34.

ذلك إن المتعاقد مسؤول عن فعل الأشياء. كما لا يتحقق شرط الخارجية إذا كان الفعل منسوبا إلى أتباع المدين[520].

وهو موقف القانون التجاري المصري، الذي اعتبر الحوادث التي تنتج عن وسيلة النقل بسبب احتراقها أو خروجها عن القضبان المعدة لها أو انفجارها من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات ولا تعد من قبيل الحوادث المعفية[521].

وقد ميز مشروع التجارة بين القوة القاهرة التي هي حوادث خارجية تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها أو تجنبها وبين الحوادث الجبرية التي هي حوادث داخلية خاصة بالمدين"[522]. وعليه، فأن القوة القاهرة يجب أن تكون حدثا خارجيا، وإلا فلا يعتد بها.

الفرع الثاني: خطأ الدائن وخطأ الغير

كما ويعد من قبيل السبب الأجنبي؛ خطأ الدائن وخطأ الغير، أدرسهما تباعا.

أولا: خطأ الدائن

يرتب خطأ الدائن أثره، إذا اثبت المدعى عليه في دعوى المسؤولية، أن الدائن قد تسبب بخطئه في إحداث الضرر الذي أصابه، أو باستفحال ذلك الضرر بإهماله[523].

ومثال ذلك أن يتأخر الدائن عن تسلم البضاعة التي تقبل التلف في ظروف جوية تساعد على ذلك فتتلف البضاعة نتيجة هذا التأخر، ففي هذه الحالة ينقضي التزام المدين بالتسليم بسبب خطأ الدائن[524]، ويكون للأول المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالالتزام.

---

[520] الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص434. الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص10.

[521] بهذا المعنى المادة (214) تجارة مصري.

[522] المذكرات الإيضاحية لمشروع التجارة، ص209.

[523] الجمال، مصطفى وأبو السعود، رمضان محمد وسعد، نبيل إبراهيم: **مصادر وأحكام الالتزام**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص360.

[524] وهو بهذه الصفة مدين بالاستلام.

من خطأ[525]. على أنه إذا استغرق أحد الخطأين الآخر فيتحمل المسؤولية صاحب الخطأ المستغرق[526]. على انه إذا كان أحد الخطأين ناتجا عن خطأ الآخر، فيتحمل المسـؤولية مـن يتسبب بالخطأ الأول[527].

ويبقى أن أقول إنه قد يكون فعل الدائن غير خاطئ، وفي هذه الحالة ترتفع المسـؤولية عن المدين إن توفرت في هذا الفعل شروط القوة القاهرة[528]، فإذا توفر في فعل الـدائن غيـر الخاطئ شروط القوة القاهرة، عد فعله بمثابة قوة قاهرة وطبقت أحكامها على هذا الالتزام.

ثانيا: خطأ الغير

هناك خلاف حول اشتراط أو عدم اشتراط خطأ الغير حتى يعد من قبيل السبب الاجنبي.

فهناك من يرى؛ أنه يجب أن يكون فعل الغير خاطئاً، إذا اشترك مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر حتى يتخلص الأخير من التعويض بمقدار ما تسبب به الغير. فيما يذهب الرأي الآخر إلى أنه لا يشترط أن يكون ذلك الفعل خاطئاً حتى في حالة اشتراك المدعى عليه (المدين) بإحداث الخطأ، فيكفي أن يثبت الأخير أن فعل الغير أسهم في إحداث الضرر[529].

وأرى أنه يجب أن يتوفر في فعل الغير أحد شرطين: فإما أن يكون خاطئـاً، وإمـا أن تتوافر فيه شروط القوة القاهرة. فإذا توافرت في ذلك الفعل صفة الخطأ فيعد ذلك الفعل من قبيل السبب الأجنبي[530]. وإذا توافر فيه شرطي عدم الدفع وعدم التوقع، فهو في هذه الحالة يعد مـن قبيل القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وهو سبب أجنبي أيضا.

---

[525] أبو ستيت، احمد حشمت: **نظرية الالتزام في القانون المدني**، مصر، مكتبة عبد الله وهبة، 1945، ص262.

[526] ألعدوي، جلال علي: **أصول الالتزامات، مصادر الالتزام**، الإسكندرية، منشاة المعارف، 1997، ص466.

[527] بهذا المعنى: الجمال وآخرون، مرجع سابق، ص361.

[528] ألعدوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص464.

[529] مأمون، عبد الرشيد: **علاقة السببية في المسؤولية المدنية**، القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة، ص117-118.

[530] أوجبت المادة (165) مدني مصري أن يكون فعل الغير خاطئاً.

الفرع الثالث: اثر السبب الأجنبي على العقد

يترتب على قيام السبب الأجنبي سواء أكان قوة قاهرة أم خطأ الدائن أم خطأ الغير، انقضاء الالتزام الملقى على عاتق المدين بموجب العقد. ذلك انه ينقضي العقد تبعا لوجود ذلك السبب، وقد قضت محكمة النقض المصرية الموقرة:" القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد تكون أمر إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين من المسئولية العقدية"[531]. فإذا حصلت الاستحالة ينقضي الالتزام، وقد نصت على ذلك المادة (373) مدني مصري التي جاء فيها:" ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه"[532].

والمادة (373) مدني مصري تقرا إلى جانب المادة (215) من نفس القانون التي جاء فيها:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه"[533].

ونصا القانون المدني المصري (373) و(215) يجب أن يقرأا إلى جانب نص المادة (159) مدني مصري حيث جاء فيها:" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"[534]. وهذا النص كما هو واضح يوضح حكم الاستحالة، وحكمها كما هو وارد في النص (الانفساخ)، ذلك أن العقد

---

[531] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0423 لسنة 41 بتاريخ 29 / 01 / 1976 سنة المكتب الفني 27.

[532] يقابل هذا النص، نص المادة (409) من المشروع التي جاء فيها:" ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عنه". يلاحظ أن نص المشروع استثنى العبارة الأخيرة التي أوردها النص المصري وهي (لا يد له فيه). ولم توضح المذكرة الإيضاحية للمشروع سبب استثناء تلك العبارة من النص رغم انه ورد في المذكرة الإيضاحية: "ويجب أن تعود استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. (المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص480). إلا أن المشروع أضاف عبارة (لا يد له فيه) في المادة (237) منه.

[533] أضافت المادة (237) من المشروع فقرة إضافية إلى ما ورد في 215 المدني المصري، حيث جاء في نص المشروع:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو نفذه تنفيذا جزئيا أو معيبا".

[534] أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (172) منه.

ينفسخ، ولا يتحمل المدين تبعا لهذا الانفساخ أية مسؤولية عقدية[535]. وشروط الانفساخ هي: استحالة التنفيذ استحالة مطلقة، وأن تكون هذه الاستحالة في تاريخ لاحق لقيام العقد، ذلك أن وجود الاستحالة وقت العقد يعني أن العقد لم ينعقد فهو باطل. وأن تكون الاستحالة كاملة، أما إذا كانت جزئية فيثبت الخيار للدائن بين الفسخ والتنفيذ العيني لما بقي من محل الالتزام، وهذه المسألة على تفصيل أعرض له أدناه. ويشترط كذلك أن تكون الاستحالة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أما إذا كان لأحد المتعاقدين يد في الاستحالة فلا ينفسخ العقد، ويصار إلى التنفيذ بطريق التعويض إن كان له مقتضى[536].

وقد تصيب الاستحالة بسبب أجنبي جزء من العقد، وهي ما تعرف بالاستحالة الجزئية، وفي هذه الحالة لا ينفسخ العقد بحكم القانون بكليته، بل يجب على الدائن إذا أراد فسخ العقد أن يلجأ إلى القضاء من أجل هذه الغاية، وقد نصت على هذا الحكم المادة (1/173) من المشروع التي جاء فيها: "إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا في جزء منه جاز للدائن التمسك بانقضاء ما يقابله من التزام أو يطلب من المحكمة فسخ العقد". فللدائن حق في التمسك بالانقضاء الجزئي للعقد، إلا أنه لا يملك فسخ العقد بكليته إلا بواسطة القضاء، ومثاله هلاك جزئي في المبيع، فالقاضي لن يحكم بالفسخ إلا إذا وجد أن النقص الذي استحال تنفيذه من الجسامة بحيث لو علم به المشتري قبل العقد لما تعاقد[537]. ونص المادة (1/173) من المشروع لا مقابل له في المدني المصري، وحسنا فعل المشروع بإضافة هذا النص. ويذهب الفقه المصري إلى انه إذا كانت الاستحالة جزئية في التنفيذ لا تمس سوى بعض التزامات المدين، فإن المدين يعفى في حدود الاستحالة، أما باقي الالتزامات فتبقى قائمة[538]. وهو ما نصت عليه المادة (173) من المشروع[539].

---

[535] فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص597.

[536] ألشواربي، عبد الحميد: **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه**، ط3، الإسكندرية، منشاة المعارف، 1997، ص54.

[537] أبو ملوح، موسى: مرجع سابق، ص274.

[538] الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص437.

[539] عالج المدني الأردني الاستحالة الجزئية، إلا انه منح الدائن السلطة في فسخ العقد بعد إعلام المدين، حيث نصت المادة (247) مدني أردني بأنه:" في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل

وأرى أن موقف المشروع كونه لم يمنح الدائن سلطة فسخ العقد من تلقاء نفسه، قد حافظ على التوازن في المصالح بين الطرفين، فاعتبر العقد منفسخا فيما يتعلق بالجزء المستحيل، وفي ذلك مراعاة لجانب الدائن. كما سلب الدائن الحق في فسخ العقد بكليته إلا عن طريق القضـــاء،- أو عن طريق الاتفاق بالطبع لكن ليس بإرادة الدائن وحده- وفي ذلك مراعاة لجهة المدين.

على أنه في حالة الاستحالة الجزئية يجب على القاضي أن يطبق القاعــدة العامـــة فـــي إنقاص العقد الواردة في المادة (143) مدني مصري[540].

كما قد يقتصر أثر الاستحالة على مدة معينة في عقود المدة، وهو ما يعرف بالاســـتحالة الوقتية، وقد عالج المشروع الاستحالة الوقتية في المادة (2/173) التي جـــاء فيهـــا:" إذا كانـــت الاستحالة وقتية في العقود المستمرة جاز للدائن أن يطلب من المحكمة فسخ العقـــد". يلاحـــظ أن هذه المادة لم توضح مصير الفترة الفاصلة بين الاستحالة وبين طلب الفسخ، وهنا يرجـــع إلـــى القاعدة العامة في أن انقضاء التزام ينقضي معه الالتزام المقابل.

ويترتب على انفساخ العقد الملزم للجانبين، إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليهـــا قبل العقد. وفي ذلك تقول المادة (160) مدني مصري:" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض". يطابقها نص المـــادة (174) من المشروع. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع:"يترتب على فسخ العقـــد بالاتفـــاق أو بحكم أو بنص القانون انعدامه وعده كأن لم يكن، سواء بالنســـبة للماضـــي أو المســـتقبل هـــذا بخصوص العقود الفورية، ولا يجري الحكم على العقود المستمرة حيث يقتصـــر أثـــره علـــى المستقبل ولا يتناول الماضي، فمثلا إذا فسخ عقد بيع وهو من العقود الفورية فيعني هذا إعـــادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، إذ يجب على كل منهما أن يرد ما استلمه نتيجة العقـــد.

الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علـــم المـــدين". وقـــد تعرض موقف المدني الأردني للنقد من قبل الفقه، وفي ذلك يقول الأستاذ أنور سلطان: (ما دام الأمر يتعلق بالفسخ ولـــيس بالانفساخ، فيجب اللجوء إلى القضاء حتى لا يتعسف الدائن في استعمال حق الفسخ ... إن الاستحالة الجزئية فـــي تنفيـــذ الالتزام قد تكون من التفاهة أو البساطة بحيث لا تستأهل فسخ العقد) سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص298.

[540] يقابلها في المشروع المادة (141).

وإذا فسخ عقد الإيجار – وهو من العقود الزمنية – فلا يسري الفسخ على الماضي، بل يسري على المستقبل وهذا يعني أن ما ترتب من آثار على هذا العقد لا يمس بل يظل قائما، ولذلك فان الأجرة في عقد الإيجار الذي فسخ، والتي استحقت عن المدة السابقة لوقوع الفسخ، تأخذ صفة الأجرة لا صفة التعويض، ويرجع ذلك إلى أن طبيعة العقود المستمرة تعني عد الزمن ركن فيه، وما فات منه لا يمكن الرجوع فيه"[541]و[542]. وهو ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية[543].

ويذهب غالبية الفقه والقضاء، إلى أن الفسخ في العقود الزمنية لا يرتب آثاره إلى الماضي أيضا[544]. بل ويذهب رأي إلى أبعد من ذلك، حيث يرى الفقيه البلجيكي (دي باج) أنه ليس هناك مبرر لرجعية أثر الفسخ –حتى– في العقود الفورية، ذلك أنه لو طبقنا نظرية تحمل التبعة، فان الانفساخ يحدث أثره كمبدأ من اللحظة التي حدث فيها العائق الذي جعل تنفيذ الالتزامات مستحيلا[545]. إلا أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري، تذهب إلى القول برجعية أثر الفسخ في العقود الفورية[546]. ويجب باعتقادي في هذا المقام التفرقة بين الاستحالة الكاملة، وبين الاستحالة الجزئية، فإذا كانت الاستحالة كاملة، سرى أثر الانفساخ بشكل رجعي لتعذر أي تنفيذ. أما في الاستحالة الجزئية، فإنني أرى أنه يجب عند الأخذ بالأثر الرجعي أو بالأثر المستقبلي للانفساخ في العقود الفورية، مراعاة ما تم تنفيذه من العقد، فإذا كان ما تم تنفيذه قبل تحقق الاستحالة لا يتأثر بها، سرى الانفساخ بأثر مستقبلي، أما إذا كان ما تم تنفيذه يتأثر بالاستحالة، فيسري الأثر بشكل رجعي.

---

[541] المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص196–197.

[542] أنا لا أتفق مع هذه العلة، فباعتقادي انه يمكن الرجوع حتى في العقود المستمرة، وإلا كيف نتصور إعادة الحالة التي كانت عليها في العقد الباطل؟ وإنما تكمن العلة في أسباب أخرى سنعرض لها في السياق.

[543] تمييز حقوق رقم القرار: 20 / 1987 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1987 صفحة رقم: 2081.

[544] زكي، الوجيز، مرجع سابق، ص417. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص727.

[545] مشار إليه: فودة، القوة الملزمة، مرجع سابق، ص598، الحاشية رقم 1.

[546] سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص299. أبو ملوح، موسى: مرجع سابق، ص275. فودة، القوة الملزمة، مرجع سابق، ص598. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص598.

ويتحمل المدين تبعة الاستحالة، فإذا هلك المبيع لسبب أجنبي[547]، لا يستطيع البائع مطالبة المشتري بشيء، وإنما للمشتري رد الثمن إن كان سلمه للبائع، فان لم يكن قد سلمه بعد، فلا شيء عليه، لأن التزامه يكون قد انقضى بانقضاء الالتزام المقابل، وهو تسليم المبيع[548]. كذلك يتحمل المؤجر تبعة هلاك المأجور، ولا يتحمل المستأجر عن الفترة اللاحقة للهلاك أي شيء.

هذا في العقد الملزم لجانبين، أما في العقد الملزم لجانب واحد، فالحكم مختلف، حيث يتحمل الدائن تبعة الهلاك، ففي عقد الوديعة بغير اجر، إذا هلك الشيء المودع لدى المودع لديه بسبب أجنبي، عندئذ ينقضي التزام المودع لديه (المدين) ويتحمل الدائن بالتالي تبعة الهلاك[549].

المطلب الثاني: جواز ضمان المدين للسبب الأجنبي وتكييفه القانوني وأثره

أدرس في هذا المطلب ثلاث مسائل، حيث أدرس جواز ضمان[550] المدين القوة القاهرة، في فرع أول، ثم في الفرع الثاني أدرس خصوصية تتعلق بالاتفاق على تحمل خطأ الدائن وخطأ الغير. وفي الفرع الثالث أدرس ألتكييف القانوني لضمان المدين القوة القاهرة والحادث الفجائي. كما أن مثل هذا الاتفاق يرتب آثارا على عبء الإثبات والمسؤولية، وهو ما سأدرسه في الفرع الرابع.

---

[547] قررت محكمة النقض المصرية:" قاعدة الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة – أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولا عن نتيجة تقصيره" الفقرة السابعة من الطعن رقم 0379 لسنة 22 بتاريخ 28 / 06 / 1956 سنة المكتب الفني 07.

[548] الاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص442. سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص299.

[549] منصور، امجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات**، ط1، عمان، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001،ص218.

[550] درج الفقهاء والشراح على استعمال عبارة (تحمل القوة القاهرة أو تحمل السبب الأجنبي) بدلا من عبارة (ضمان القوة القاهرة أو ضمان السبب الأجنبي)، ونحن سنستعمل (ضمان) أو (تحمل) بذات المعنى بحسب السياق، ذلك أن الأصل يقتضي استعمال كلمة (ضمان) وليس (تحمل) لان عبارة (تحمل) تفهم على أنها تتعلق بتحمل القوة القاهرة، وهي مسألة لها مفهوم خاص سبق لنا تناوله. وهي باختصار تعني أن يتحمل كل من طرفي العقد ما نتج جراء استحالة التنفيذ، وهذا المعنى ليس هو المقصود. بل المقصود من (تحمل) في سياق (شرط تحمل المدين السبب الأجنبي أو القوة القاهرة) ذلك المعنى الذي يفيد أن يبقى المدين مسؤولا عن عدم التنفيذ وما ينتج عنه من أضرار في جهة الدائن.

الفرع الأول: جواز شرط ضمان المدين القوة القاهرة

يرى الفقه الفرنسي جواز الاتفاق على تعديل أثر القوة القاهرة، بحيث لا يترتب على طروئها براءة ذمة المدين من التزامه[551]. كما ويذهب غالبية الفقهاء والشراح المصريين إلى جواز مثل هذا الاتفاق[552].

إلا أن هذا الجواز كان محل نقد من قبل البعض، ووجه النقد يكمن في أنه لما كان لا يستطيع الأطراف أن يتفقوا على خلاف أحكام الظروف الطارئة[553]، ولما كانت الظروف الطارئة أقل تأثيرا على الالتزام –حيث تجعله مرهقا– من القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فيجب تبعا لذلك، ألا يُجاز الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة التي هي أشد، ويعتبر هذا الاتجاه أن القوة القاهرة، كالظروف الطارئة متعلقة بالنظام العام، وأن هناك تناقضاً في مبادئ القانون[554].

ويبرر البعض جواز الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة وعدم جوازه فيما يتعلق بالظروف الطارئة في أن القوة القاهرة يجوز التأمين عليها[555]، (أي التأمين على ما ينتج عنها من ضرر). ويؤخذ على هذا الرأي مجافاته للواقع، حيث يجوز التأمين أيضا على المسؤولية الناتجة عن الظروف الطارئة.

فيما يبرر البعض الآخر تعلق الظروف الطارئة بالنظام العام دون القوة القاهرة، في أن المشرع شعر بأن الحكم الذي استحدثه بشان الظروف الطارئة حكم لم يألفه الناس بعد، وكونه

---

[551] زكي، الوجيز، مرجع سابق، ص387.

[552] تناغو، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص161. مرقس، الوافي، ج2،مرجع سابق، ص645. عامر وأخر، مرجع سابق، ص576. أبو السعود، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص230. فرج، النظرية العامة، مرجع سابق، ص403. ألاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص465. الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص421. الشرقاوي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص423.

[553] للتفصيل في تعريف وشروط الظرف الطارئ وأنواعه: عنبر، محمد عبد الرحمن: **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**، القاهرة، مطبعة زهران، 1978، ص19 وما بعدها.

[554] بهذا المعنى: الترمانيني، عبد السلام: **نظرية الظروف الطارئة– دراسة تاريخية ومقارنة في تقنينات البلاد العربية**، دمشق، دار الفكر، 1971، ص175.

[555] السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص649، الحاشية رقم 2.

فيه حرمان للدائنين من مزية قديمة، فخشي أن يعمد الدائنون إلى التخلص منه بالاتفاق على مـــا يخالفه فنص على بطلان مثل هذا الاتفاق، أما حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مســـتقر فـــي النفوس من أزمنة طويلة ولا يخشى أن يعمل الناس على إبطاله بصفة عامة، فأجيز لهم الاتفـــاق على ما يخالفه[556].

وأعتقد، أن ما يميز الظرف الطارئ ويجعله محط اهتمام المشرع، وبالتالي يربطه فـــي مفاهيم النظام العام، هو صفة العمومية التي لا يشترط توفرها في القوة القاهرة، فيجب أن تكون الواقعة أو الحالة غير المألوفة أو غير الطبيعية، يجب أن تكون عامة[557]. وهذه الصفة هـــي – باعتقادي– ما يجعل للظرف الطارئ أهمية خاصة لدى المشرع، أما القوة القاهرة، فتثبـــت دون أن يتوافر فيها وصف العمومية، مما يجعل أثرها عادة منصب على علاقة بين طرفين أو عـــدة أطراف لكن لا ترتقي إلى العمومية عادة، وبهذه الحالة لا ترتقي القوة القاهرة إلى مرتبة النظـــام العام لأن أثرها وقع محدودا ولا أثر له على استقرار معاملات المجتمع أو جزء كبير منه، وهذا النوع من القوة القاهرة يمكن دعوته بالقوة القاهرة (الخاصة).

إلا أن هذا لا يعني أنه لا تتوفر في حدوث القوة القاهرة صفة العمومية –أحيانـــا– مـــن الناحية الواقعية، فإذا كانت القوة القاهرة حربا أو زلزالا، هنا أعتقد أن مثل هذا الحدث القـــاهر يعد متعلقا بالنظام العام، ذلك أن العمومية تفرض مصلحة المجتمع، والإخلال بهذه المصلحة هو إخلال بالنظام العام، وعليه فلا يجوز الاتفاق على خلاف القوة القاهرة بهذا المعنى، وقد يقـــول البعض بأن أثر الاتفاق على خلاف القوة القاهرة سيقتصر على أطراف العقد ولـــن يمتـــد إلـــى المجتمع، وهذا صحيح من حيث أنه توفر حالات محدودة من مثل هذا الاتفاق، إلا انه لا يمكـــن القول بهذا المنطق إذا ما نظرنا إلى الأمر نظرة أعمق، فان انتشار مثل هذا الاتفاق ضمن حالـــة عامة تصيب المجتمع بالفوضى –هي القوة القاهرة العامة– يعد من قبيل المخـــاطرة باســـتقرار المجتمع والمحافظة على هدوئه وكيانه متماسكا.

---

(556) مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني**، ج2، **في الالتزامات**، القاهرة، مطبعة النهضة، 1964، ص228.

(557) للتفصيل في شرط العمومية: عنبر، محمد: مرجع سابق، ص19.

وباعتقادي، فقد وقع المشرع في تناقض عندما، أجاز الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة –العامة– فيما اعتبر ذلك من النظام العام فيما يتعلق بالظرف الطارئ[558].

ويرجع التناقض –باعتقادي– في المدني المصري، إلى أن المشرع المصري أخذ بأحكام الظرف الطارئ من نظام قانوني اجتماعي الطابع، فيما أخذ بالنص المتعلق بالقوة القاهرة من نظام قانوني فردي الطابع. ذلك أن نظرية الظروف الطارئة في القوانين الغربية تستمد أساسها من القانون الكنسي، ذي الطابع الاجتماعي، وقد ضعفت هذه النظرية عندما استقر مبدأ سلطان الإرادة، ولم يأخذ القانون الفرنسي بهذه النظرية لهذا السبب[559]. وأعتقد أن المدني المصري تأثر بالقوانين الكنسية الأوروبية فيما يتعلق بنظرية الظروف، إضافة إلى تأثره بالفقه الإسلامي، حيث أن هذه النظرية معروفة عند الفقهاء المسلمين منذ القدم[560].

وقد أجاز المدني المصري والمشروع الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة، بحيث يتحمل المدين تبعتها (ضمانها)، فقد جاء في المادة (1/217): "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة". وقد توسع المشروع في هذه المسألة، حيث جاء في

---

(558) نصت المادة (2/147) مدني مصري على انه:" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". بنفس المعنى نص المادة(151) من المشروع.

(559) احمد، محمد: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص147.

(560) أشير هنا إلى أن القانون الروماني لم يعرف نظرية الظروف الطارئة وهو ما يبين تميز الفقه الإسلامي في هذه المسألة. حيث هذه النظرية معروفة ولها تطبيقات مختلفة في الفقه الإسلامي، منها نظرية العذر في عقد الإيجار. ومن تطبيقات نظرية العذر ما جاء في حاشية ابن عابدين:" والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ". ابن عابدين (محمد أمين الشهير بابن عابدين 1198–1252هجري): رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ج5، مصر، المطبعة الميمنية، سنة1286 هجرية، ص76.

المادة (2/238) منه:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين السبب الأجنبي"[561]. ويـدخل فـي مفهوم هذه المادة القوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الغير وخطأ الدائن[562].

ويقصد بتحمل (بضمان) المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ، ليس مفهوم تحمل التبعة الذي يقصد منه تحمل كل طرف ما عاد عليه من خسارة نتيجة القوة القاهرة، كان يتحمل البائع هلاك المبيع فيهلك عليه، ويتحمل المشتري خسارة عدم التسلم، إنما المقصود من تحمـل التبعة في هذا المقام، أن يبقى المدين ضامنا لعدم التنفيذ رغم أن القانون يعفيه من عدم التنفيـذ. حيث لا يتصور في هذه الحالة إلا التنفيذ بطريق التعويض، ذلك أن التنفيذ العيني غير ممكـن. ويترتب على هذا الاتفاق أن يعوض البائع المشتري عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عـن القـوة القاهرة والحادث المفاجئ.

ويأخذ الاتفاق على تحمل (ضمان) القوة القاهرة ثلاث صور على الأقل؛ فقد يتم الاتفاق على أن القوة القاهرة بوجه عام لا تخلي مسؤولية المدين من تنفيذ التزامه. أو أن يـتم الاتفـاق على أن هناك حوادث معينة دون غيرها هي التي تخلي مسؤولية المدين أما غيرها فـلا يخلـي مسؤوليته. وقد يتفق الأطراف على أن مسؤولية المدين تبقى قائمة في ظل حوادث معينـة دون أخرى. وقد أجازت محكمة النقض المصرية الاتفاق على تحميل المدين المسؤولية الناشئة عـن قوة قاهرة، فقضت بأنه:" ليس هناك ما يمنع قانونا من اشتراط تحميل المتعهد مسؤولية العجـز عن الوفاء الناشئ عن قوة قاهرة إذ لا مخالفة في هذا الاتفاق للنظام العام، فان المتعهد يكون في هذه الحالة كشركة التأمين التي تقبل المسؤولية عن حوادث القوة القاهرة"[563].

---

[561] استعمل القانون المدني المصري والمشروع عبارة(تحمل) وليس (ضمان) وكان الأفضل استعمال كلمة (ضمان) لان مدلولها أكثر دقة، على خلاف (تحمل) التي يمكن حملها على معنى آخر.

[562] لا تجيز مجلة الأحكام العدلية الاتفاق على تضمين المدين القوة القاهرة، فالضمان لا يكون إلا إذا نتج عن تقصـير أو تعدي، وفي ذلك تقول المادة (768): "الأمانة غير مضمونة يعني على تقدير هلاكها أو ضـياعها بـدون صـنع الأمـين وتقصيره ولا يلزم الضمان".

[563] نقض مصري، 1945/10/29 ج2، في 25سنة ص849. مشار إليه: طلبة، أنور: الوسيط في القانون المـدني، ج2، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1998، ص576.

كما قد يحمل شرط تحمل (ضمان) المدين المسؤولية عن عدم التنفيذ في أوضاع معينة، على انه شرط مشدد فيما هو في حقيقته شرط مخفف للمسؤولية، ونناقش في هذا السياق قـــرار صدر في نزاع عرض على محكمة باريس سنة 1990.

وتتلخص وقائع النزاع في أن شركة حراسة أبرمت عقدا مع شركة أخرى بموجبه تلتزم الشركة الأولى بحراسة أجهزة ومكان الشركة الثانية، وجاء في أحد البنود (تم الاتفاق صـــراحة بين الأطراف على اعتبار الحوادث الآتي ذكرها قوة قاهرة تعفي الحارس من المسؤولية وهـــذه الحوادث هي الظواهر الطبيعية كالعواصف والأعاصير والزوابع وغيرها) وأثناء تنفيـــذ عقـــد الحراسة حدث إعصار أدى إلى تغطية شاشات المراقبة وحجب الرؤية فيها وتعرضت بالتـــالي الأجهزة محل الحراسة للسرقة من قبل مجهولين ولم تتمكن شاشات المراقبـــة مـــن اكتشـــافهم. تمسكت شركة الحراسة بالقوة القاهرة باعتبار أن الحادث وهو الإعصار متفق على اعتباره قوة قاهرة تعفي الحارس من مسؤوليته. ولكن المحكمة رفضت الدفع، وقضت بأن حالة الإعصار لا تعتبر بذاتها حدثا غير متوقع، وان الإعصار لا يمكن أن يشكل قوة قـــاهرة إلا إذا تـــوافر فيـــه مفهوم الإكراه الاستثنائي الذي يتوجب إثباته، ومن ثم فان ذلك الاضطراب الهوائي لـــيس مـــن شانه أن يسلب جهاز المراقبة قدرته على مراقبة المكان.

وقد علق الفقيه الفرنسي (جوردان) على هذا الحكم معتبرا أن المحكمة قامـــت بتفســـير إرادة الأطراف وقد اتجهت عند تعداد الأحداث المكونة للقوة القاهرة إلى ضـــرورة أن تتـــوافر عناصرها وخصوصا عنصر عدم التوقع، وتعداد الأطراف لتلك الأحداث لا يســـلب المحكمـــة سلطتها في تكييف القوة القاهرة على الأحداث المتفق عليها في العقد[564].

وأرى أن هذا الشرط في حقيقته ليس شرطا مشددا لمسؤولية المدين، بل هو مخفف لها، وأقول كان يجدر على المحكمة الموقرة أن تفسر الشرط على هـــذا النحـــو، أي أن تعتبـــر أن الأطراف توسعوا في الحالات التي تعد معفية من المسؤولية في العقد المذكور، فالشرط المذكور فيما يتعلق بالأعاصير هو شرط إعفاء، أما وصف هذه الحالات بأنها قوة قاهرة، فلا عبرة لـــه،

---

[564] مشار إليه: الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص169-170.

لأن العبرة تكون في تكييف المحكمة لهذه الحوادث، ولما كان الشرط قد ورد على إعفاء المدين في الأحوال المذكورة في الشرط، وجب على القضاء احترام اتفـاقهم، وتكييفـه علـى النحـو المذكور، دون الأخذ بالوصف الذي أضفاه الأطراف على الأحوال محل الشـرط[565]، أي دون اعتبار لما أورده المتعاقدون من وصف لتلك الأحوال من أنها قوة قاهرة، بل تفسير إرادتهم على أنها اتجهت إلى ما دون القوة القاهرة من أحوال وهي التي وردت في العقد تحت (اسـم) القـوة القاهرة.

ويذهب رأي إلى أنه يمكن أن تتفق الأطراف صراحة على اعتبار مسائل معينة من قبيل القوة القاهرة، مع الاتفاق على منع القاضي من أي سلطة تقديرية للتي يتفق على اعتبارها قـوة قاهرة. على أنه يبقى للقاضي الحرية في التحقق من توافر شروط القوة القاهرة، والعلـة -كمـا يقولون- وراء ذلك تكمن في أن توافر عناصر القوة القاهرة تدخل في سلطة القاضي في تفسير العقود التي يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز[566].

ويلاحظ على هذا الرأي بأنه وقع في تناقض، فهو من جهة يمنح الأطراف الاتفاق على منع القاضي من التدخل فيما إذا كان الحادث يعد قوة قاهرة أم لا، ومن جهة ثانية، يمنح القاضي السلطة التقديرية في التحقق من توافر شروط القوة القاهرة من عدمه.

وأقول في هذه المسألة؛ إن اتفاق الأطراف على اعتبار أحداث معينة مـن قبيـل القـوة القاهرة، يدعو القاضي ليس للبحث عن مدى توافر شروط القوة القاهرة في تلك الأحـداث، بـل يدعوه إلى البحث عن الإرادة الحقيقة لهم، أي عدم اعتبار القوة القاهرة حدا لإرادتهم، بل العبرة تكون لما أرادوا أن يعدوه قوة قاهرة وأرادوا منع القاضي من التدخل فيه، وهـو مـا يسـاعد القاضي كثيرا في تبين إرادتهم الحقيقية وبالتالي إصدار حكمه تبعـا لهـذه الإرادة، ولا عبـرة للألفاظ في هذا المقام. وفي القضية التي ناقشناها فيما سلف، لو أن القاضي حاول التعرف على

---

(565) بهذا المعنى المادة (2/150) مدني مصري التي جاء فيها:" أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ووفقا للعرف الجاري في المعاملات". بطابقه نص المادة (2/165) من المشروع.

(566) الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص170-171.

الإرادة الحقيقة للأطراف، دون التمسك بالألفاظ التي وردت بالشرط (كلفــظ القــوة القــاهرة)، لاعتبر أن الشرط يراد به الإعفاء من المسؤولية في أحوال معينة اتفق عليهــا الأطــراف، ولا عبرة إذا كانت تلك الأحداث تشكل قوة قاهرة أم لا، وسبب تغليب هذا التفسير، يعود إلـــى أنـــه بوجود القوة القاهرة أصلا تتحقق عدم مسؤولية المدين (الشركة الحارسة) مما كـــان يســـتوجب على القاضي أن يجيب على السؤال فيما إذا أرادت الأطراف من هذا الشرط تكرار ما نص عليه القانون، وهو ما لم يكن هناك حاجة إلى النص عليه، ولو أراد الأطراف المعنى الذي توصـــلت إليه المحكمة الموقرة، لما نصوا على تلك الحوادث في العقد، لأنه في هذه الحالة يعد تكرارا لما عالجته القواعد العامة في القانون.

وكما سبق القول، يذهب غالبية الفقهاء والشراح المصريين إلى جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة[567]. بل ويذهبون سندا للمادة (1/217) مدني مصري، إلـــى جـــوازه بخصوص المسؤولية التقصيرية كذلك، ويبررون هذا الجواز بعدم مخالفة هذه الاتفاقات المشددة للمسؤولية للنظام العام[568]. فيبقى المدين مسؤولا عن تنفيذ الالتزام رغم استحالته بسبب أجنبـــي إذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البداية على تحمل المدين تبعة السبب الأجنبي[569]. لكـــن إذا كـــان مثل هذا الاتفاق يصح في حق المدين، فهل يجوز بحق الدائن؟

يرى البعض بجواز هذا الاتفاق بحق الدائن، ويعتبرون أن هذا الاتفاق يستمد مشروعيته من مبدأ حرية المتعاقدين في تضمين عقودهم الشروط المشروعة. ويضـــربون لـــذلك المثـــالين التاليين:

---

(567) مرقس، الوافي، ج2،مرجع سابق، ص645. أبو السعود،مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص230.فرج، النظرية العامة، مرجع سابق، ص403. ألاهواني، النظرية العامة، مرجع سابق، ص465. الصدة، مصـــادر الالتـــزام، مرجـــع ســـابق، ص421. الشرقاوي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص423. تناغو، نظرية الالتزام، مرجـــع ســـابق، ص161. عـــامر وآخر، مرجع سابق، ص576.

(568) السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص981.

(569) سرور، محمد شكري: **موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري**، ط1، القاهرة، دار الفكر العربـــي، 1985، ص333.

المثال الأول: أن تتفق شركة مصنعة لآلات بصفتها دائن لاعتبارات معينة، مع شركة موزعة بصفتها مدين على ضمان الأولى (الشركة المصنعة) أية أضرار تلحق بالآلات أثناء قيام الشركة الموزعة بالتسويق رغبة في الإبقاء على التعامل بينهما لاعتبارات عديدة.

المثال الثاني: أن يتفق المؤجر مع المستأجر على تحمل الأول الترميمات الضرورية والتأجيرية في حالة القوة القاهرة لإغراء المستأجر على التعاقد[570].

وأقول بخصوص المثال الأول، إن التنفيذ قد تم بتسليم الآلات إلى المشتري (الشركة الموزعة). أما العلاقة الناشئة بينهما بعد تنفيذ العقد، فهي في الحقيقة استمرار لتنفيذه، والشرط القاضي بتحمل الدائن القوة القاهرة، هو في الحقيقة استمرار لضمان المدين، ولا تنتفي هذه الصفة –المديونية– عنه حتى وإن انتقلت الملكية إلى الموزع، وعندما تنتقل الملكية، يصبح مالكا للشيء، ولا علاقة للبائع حينها بذلك الشيء سوى الضمانات التي حددها القانون أو اتفقا عليها ولكن ليس بصفته دائن، وإنما بصفته مدين، أي أن البائع يبقى حتى بعد التسليم مدينا بالتزامه بالضمان، وهو ما سأدرسه في تطبيقات الشروط المشددة. وعليه، أرى أن اعتبار المدين دائنا، يعد –مع الاحترام– تلاعبا على الألفاظ، فحقيقة الأمر أن البائع هنا يحتفظ بصفة المدين في التزامات معينة حتى بعد البيع، وهو أمر جائز. وفي ذلك نصت المادة (455) مدني مصري:" إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وان يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه في الضمان كل هذا ما لم يتفق على غيره"[571]. يتضح من النص انه يجوز الاتفاق على خلاف هذه الأحكام، كأن يضمن البائع (بصفته مدين) صلاحية المبيع للعمل مدة معينة حتى في حالة ما إذا طرأت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ.

---

(570) الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص198–199.

(571) أخذ المشروع بذات الحكم في المادة (481) منه.

أما بخصوص المثال الثاني، فهو ذاته –ذلك المثال– يوضح أن صفة المديونية لا زالت قائمة في ذمة المؤجر لأنه تحمل بالتزامات بعضها مصدرها القانون[572] وبعضها مصدرها العقد[573]، ولا يعد دائنا في هذه الالتزامات، ذلك أن القانون منح الأطراف الاتفاق على خلاف أحكام الالتزام بالصيانة.

وأرى أن الاتفاق على تحمل الدائن تبعة القوة القاهرة غير متصور، أما إذا حصل اتفاق كهذا فانه يعد في هذه الحالة بمثابة عقد ضمان.

ذلك أن فكرة السبب الأجنبي مقررة من أجل إعفاء المدين من التزامه، فهو من يستفيد منها، لأن الدائن لا يستفيد إذا حصلت، وإنما يستفيد منها المدين وحده، لذا كان من المتصور أن يخالف الاتفاق هذا الأصل ويقضي بتحمل المدين تبعتها حتى وإن كان يبرأ أصلا من التزامه بموجب القواعد العامة.

الفرع الثاني: تحمل المدين تبعة خطأ الدائن وخطأ الغير

نصت المادة (2/238) من المشروع على أنه:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين السبب الأجنبي". أما نص المادة (1/217) مدني مصري فجاءت خالية من ذكر السبب الأجنبي، واقتصرت على ذكر القوة القاهرة والحادث المفاجئ.

إن نص المشروع على هذا النحو يدخل إلى جانب القوة القاهرة والحادث المفاجئ، يدخل خطأ الغير وخطأ الدائن، وهو أمر بحاجة إلى مراجعة.

---

[572] يتحمل المجر جميع أعمال الترميم والصيانة الضرورية بموجب المادة (1/567) مدني مصري، على انه يجوز الاتفاق على خلاف ذلك بموجب المادة (4/567) مدني مصري. يقابلهما بنفس المعنى، على التوالي: المادة (1/621) والمادة (3/621) من المشروع.

[573] تحمل المؤجر الترميمات التأجيرية يعد اتفاقا على خلاف المادة (582) مدني مصري، التي تلزم المستأجر بهذه الترميمات، إلا انه يجوز الاتفاق على خلافها. بنفس المعنى نص المادة (1/636) من المشروع.

أولا: الاتفاق على ضمان المدين خطأ الغير

يقصد بالغير؛ الغير عن العقد وليس الغير الذي يسأل عنه المدين شخصيا بموجب العقد[574]. ويعد الاتفاق على ضمان المدين خطأ الغير جائز، إلا أن مثل هذا الاتفاق يخلف صعوبات من الناحية العملية. فقد يتفق على تحمل المدين الخسائر التي تلحق بالدائن جراء خطأ الغير، ومثل هذا الاتفاق، لا ينتج أثره في مواجهة الغير، فلا يفيد منه ولا يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن، وهو ما يثير إشكالية مفادها أن الأضرار التي لحقت بالدائن هي أضرار غير مباشرة، وهي مما لا يعوض عنه، وعليه فان المدين لا يمكنه الرجوع مباشرة على المخطئ (الغير) بالأضرار التي لحقت الدائن جراء عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب بفعل خطأ الغير.

وإنما يستطيع ابتداءً أن يرجع عليه بالأضرار المباشرة التي لحقت به–بالمدين– فقط، أما الأضرار التي لحقت بالمدين جراء اتفاقه على تحمل خطأ الغير فلا يمكن للمدين التمسك بها في مواجهة الغير، ذلك أنه لا أثر للعقد في مواجهة الغير. فالمدين في الواقع ألزم نفسه ولا يستطيع أن يلزم غيره بما اتفق عليه.

كما أن المدين لن يستطيع الرجوع على الغير من خلال الدعوى المذكورة إلا في حدود ما أصابه هو من أضرار مباشرة، أي التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه الغير، وفي ذلك نصت المادة (186) من المشروع: "يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"[575]. أما الأضرار التي لحقت به جراء اتفاقه مع الدائن فهي لا تعد–باعتقادي– مباشرة، فلا يستطيع الرجوع فيها على الغير. وتعد الأضرار المتعلقة بالدائن غير مباشرة –باعتقادي– لأنها جاءت على خلاف الأصل القاضي بعدم مسؤولية المدين تجاه الدائن. فهذه الأضرار لم تكن نتيجة طبيعية لخطأ الغير.

---

(574) للتفصيل: الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل التمهيدي، ص6.

(575) بهذا المعنى المادة (1/221) مدني مصري. ذلك أن المدني المصري لا يوجد فيه مقابل لهذا النص سوى الحكم العام في المادة (1/221) والذي ينطبق على المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

وأضرب على ذلك المثال التالي: لو أن البائع (مدين) اتفق مع المشتري (دائن) و على خلاف الأصل، على تحمل الأول الأضرار التي تلحق بالدائن جراء عدم التسليم للبضاعة حتى وإن صدر خطأ عن الغير أدى لاستحالة التنفيذ.

واتفق البائع نفسه (المدين نفسه) مع مشتر آخر (دائن ثان)، على تسليمه البضاعة بحسب الأصل، أي لم يضمن خطأ الغير. وحدث أن قام الغير بارتكاب خطأ أدى إلى تلف البضاعة التي يراد تسليم بعضها للدائن الأول وبعضها للدائن الثاني، فانه من غير المعقول أن يعوض الدائن الأول من قبل الغير، ولا يعوض الدائن الثاني لمجرد أن الأول وضع شرط وأن الثاني لم يضع شرط، ولا يرد القول إن التعويض سيتحقق للمدين شاملا الأضرار التي لحقت به بما فيها ما خلفه الشرط في ذمته. لأن مثل هذا التعويض يمنح للعقد أثراً في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفا فيه، فيكون التعويض قد ارتبط بالضرر من خلال العقد، فيكون غير مباشر، ولا يعوض عنه. يلاحظ أن النتيجة التي يمكن التوصل إليها بمثل هذا الاتفاق لا يجوز أن تمتد في مواجهة الغير، وعليه فان مثل هذا الاتفاق يكون مختلا في جزء منه ولا يرد القول بأنه يستطيع المدين أن يرجع بما أداه على الغير، ذلك أن الضرر الذي أصابه جراء الشرط سيبقى غير مجبور، وعليه أرى أن لا يؤخذ بمثل هذا الشرط ما لم يكن المقابل واضحا ومعقولا.

ومن غير المعقول أيضا تعويض الاثنين (الدائن الأول والدائن الثاني)، لأن التعويض هنا سببه علاقة مباشرة بين المدين (البائع) والغير (محدث الضرر)، أما فيما يتعلق بالعلاقة بين المشتريين والغير فهي غير مباشرة، وترتبط فيه من خلال العقد الذي لا يحتج بأثره في مواجهته. كما أن مثل هذا الاتفاق يخالف القاعدة التي جاءت في المادة (241) بفقرتيها الثانية والرابعة من المشروع، وهو ما سأدرسه أدناه أثناء تناول الاتفاق على تضمين المدين خطأ الدائن.

ثانيا: تضمين المدين خطأ الدائن

إن تضمين المدين خطأ الدائن، هو أمر يخالف القواعد العامة في المسؤولية، فقد نصت المادة (239) من المشروع الفلسطيني على أنه: "... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في

استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". وتأخذ المادة (1/221) مدني مصري بذات الحكم. ويعد النص المصري، الأصل الذي استقي منه حكم المادة (239) من المشروع. ووجه الإشكالية يكمن في أن نص المادة (239) يتعارض مع ما جاء من جواز الاتفاق على تحمل المدين السبب الأجنبي بما فيه خطأ الدائن. كما يلاحظ من النص فانه ليس فقط على الدائن أن يقف موقفا سلبيا في الالتزامات، وإنما عليه أن يبادر ويكون موقفه إيجابياً بحيث يدفع الضرر قدر الإمكان، فمن باب أولى لا يجوز أن يكون هو المتسبب في الضرر بخطئه.

لكن لا يمكن التمسك بهذا الحكم في مواجهة الاتفاق، فيبدو من غرة المادة (239) من المشروع انه يجوز للأطراف الاتفاق على تقدير التعويض حتى على خلاف هذا الحكم، أي على خلاف ما يعد نتيجة طبيعية أو غير طبيعية، فالاتفاق له الأولوية. مما يدعونا إلى القول إن الاتفاق الذي يؤدي إلى تغيير تقدير التعويض في هذه الحالة هو مقبول أيضا وإن أدى إلى (تعويض) على خلاف الأصل كنتيجة للاتفاق، ولما كان تحمل المدين خطأ الدائن تقديرا للتعويض على خلاف الأصل عبر تحميل المدين تعويضات اتفاقية تقدر عند تحقق الضرر، فهو من هذه الجهة جائز. إلا أن مثل هذا الاتفاق من جهة أخرى يخالف بشكل صريح نص المادة (2/241و4) التي جاء فيها:"(2)يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه....(4) يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة"[576]. وهنا أرى أنه وعلى هدي هذه المادة، فإن على القاضي أن لا يأخذ بمثل هذا الاتفاق، لأنه طالما يستطيع المدين –بموجب هذا النص الآمر- إثبات أن التعويض مبالغ فيه وبالتالي يبرأ من التعويض الاتفاقي، فانه يستطيع أن يدفع بانقضاء التزامه في مواجهة الدائن وبخطأ من الأخير.

ولما كان الالتزام بالضمان الملقى على عاتق المدين، هو في حقيقته التزام بالتعويض مصدره العقد، فان مثل هذا الاتفاق يكون قد خالف قاعدة آمرة في القانون.

---

[576] تقابلها الفقرتين (2) و(3) من المادة (224) مدني مصري.

كما أنه إذا أخذنا النص على إطلاقه، أي نص المادة (2/238) الذي جاء فيه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي". وهو في الحقيقة مطلق في حكمه، فبموجبه يضمن المدين كل خطأ يصدر عن الدائن، ولما كانت مصلحة الدائن تتعارض-غالبا- مع مصلحة المدين، فان هذا الجواز يكون محل نقد، لأنه حكم مطلق، وأرى أنه حتى يستقيم الحكم يجب أن يقيد بقيدين: الأول ألا يكون خطأ الدائن فاحشا. والثاني ألا يكون الخطأ قد صدر عن غش الدائن. ذلك أن إجازة خطأ الدائن الجسيم، يعد بالإضافة إلى كونه إعفاء من المسؤولية للدائن (المدين بالخطأ) في حالتي الغش والخطأ الجسيم وهو ما لا يجوز، يعد كذلك مكافأة للدائن (المدين بالخطأ) بتعويضه عما أصابه من أضرار.

كما يثير مثل هذا الاتفاق السؤال حول الأضرار التي تصيب المدين، فهل يشملها الاتفاق أم أنها تبقى على عاتق المسؤول عنها وهو الدائن؟

أرى أن مسؤولية الدائن تبقى قائمة عن خطئه تجاه المدين، ويبقى ملزما بتعويض المدين عما لحق به جراء الخطأ إلا إذا وجد اتفاق صريح على عكس ذلك.

بناء على ما تقدم، أرى عدم الأخذ بنص المادة (2/238) من المشروع فيما يتعلق بالسبب الأجنبي، واقتصار الحكم على القوة القاهرة وحدها. ذلك أن الحكمة من وراء تحميل المدين تبعة القوة القاهرة تنبع -باعتقادي- من ضرورة عملية تتعلق بصعوبة الإثبات، ولما كانت هذه الغاية منعدمة في حالتي خطأ الغير وخطأ الدائن فان مثل هذا الاتفاق يكون غير سليم من الناحية القانونية.

الفرع الثالث: التكييف القانوني لضمان المدين القوة القاهرة والحادث المفاجئ

الدارج في كتابات الفقهاء والشراح، أن شرط تحمل القوة القاهرة، هو من قبيل التشديد في المسؤولية، وهو ما جعل البعض ينتقد هذا الرأي ويذهب على خلافه، كما أن هناك رأياً آخر وهو في الإطار نفسه يذهب إلى أن هذا الاتفاق هو ضرب من التأمين، فيما ذهب فريق ثالث إلى القول بأن هذا الاتفاق يعد ضمانا اتفاقيا. وأعرض هذه الآراء تباعا فيما يلي.

أولا: تحمل المدين القوة القاهرة يعد تشديدا في المسؤولية

يذهب البعض –وهم غالبية– إلى القول بأن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ يعد تشديدا في المسؤولية[577]، وفي ذلك تقول المذكرات الإيضاحية للمشروع:" .. والفقرة الثانية تتعلق بتشديد المسؤولية العقدية، إذ تجيز اتفاق المتعاقدين على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ"[578].

كما ويذهب البعض إلى أنه، لا يمكن اعتبار تحمل تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي من قبيل الشرط المعدل في المسؤولية، لأنه في الحقيقة لا يوجد مسؤولية حتى يعدل فيها[579].

وهذا القول صحيح من جهة، حيث لا يتصور قيام المسؤولية مع وجود القوة القاهرة، التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام في المسؤولية العقدية، وتؤدي إلى انتفاء علاقة السببية في المسؤولية التقصيرية، وفي ذلك قررت محكمة النقض المصرية بأنه:" القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع و استحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين من المسئولية العقدية، وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسئولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين"[580].

وهنا أرى أنه تجب التفرقة بين مذهبين حيث تختلف النتائج باختلاف المذهب؛ حيث يذهب البعض إلى أن علاقة السببية تنتفي في حالة الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة، وان الخطأ يبقى قائما بمجرد عدم التنفيذ. فيما يرى البعض الآخر أن الخطأ مفترض قابل لإثبات العكس[581]. ويترتب على الأخذ بأحد هذين الاتجاهين، اختلاف النتيجة التي نتوصل إليها في

---

(577) سعد، نبيل: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص306. سوار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص395. تناغو، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص161. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 981.

(578) المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص285.

(579) الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص175. زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص10.

(580) الفقرة الثانية من الطعن رقم 0423 لسنة 41 بتاريخ 29 / 01 / 1976 سنة المكتب الفني 27

(581) للتفصيل في هذين الرأيين: دواس، أمين: مرجع سابق، ص209. عقل، فريد: مرجع سابق، ص239. ويمكن مراجعة: الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل التمهيدي من هذا البحث، ص6.

تكييف الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة؛ فإذا اعتبرنا أن الالتزام لا ينقضي –وإنما يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، وانه على المدين إثبات انتفاء علاقة السببية– فان الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة يعد ضربا من اتفاقات المسؤولية لأنه يرد على ركن فيها، هو علاقة السببية.

بينما إذا أخذنا بالرأي الذي يقول بافتراض مسؤولية المدين القابلة لإثبات العكس– وإن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام تبعا لهذا المنطق – فلا يكون ثمة مسؤولية عدّلت شروطها بالاتفاق من الناحية الظاهرية على الأقل، ذلك أن الخطأ لم يتوفر، بينما توفر الضرر وحده، وبالتالي لا يكون ثمة مكان للحديث عن ركن السببية.

وهذا الرأي الأخير إذ يؤيده ما جاء في قرار محكمة النقض الموقرة المشار إليه أعلاه، إنما يتعارض مع أحكام أخرى صدرت عن ذات المحكمة الموقرة، حيث جاء في قرارات أخرى لها:" يكفى لقيام الخطأ في المسئولية العقدية، ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد، ولا ترفع عنه المسئولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبي أو بخطأ المتعاقد الآخر"[582].

وتذهب محكمة التمييز الأردنية إلى أن الالتزام ينقضي بالقوة القاهرة:"إن الالتزام ينقضي إذا استحال تنفيذه وكانت هذه الاستحالة بسبب قوة قاهرة"[583]. أي أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، ولا تؤدي في المسؤولية العقدية إلى انتفاء علاقة السببية. وأعتقد أن الالتزام ينقضي بالقوة القاهرة، ذلك أن نص المواد (373) و(215) و(159) مدني مصري، والمواد (409) و(237) و(173) من المشروع، صريحة في تبيان هذا الأثر للقوة القاهرة على العقد[584].

---

[582] الفقرة الثانية من الطعن رقم 0199 لسنة 36 بتاريخ 24 / 11 / 1970 سنة المكتب الفني 21. وكذلك: الفقرة الأولى من الطعن رقم 1529 لسنة 49 بتاريخ 25 / 05 / 1983 سنة المكتب الفني 34. الفقرة الأولى من الطعن رقم 2271 لسنة 59 بتاريخ 28 / 11 / 1995 سنة المكتب الفني 46

[583] تمييز حقوق رقم القرار: 245 / 1990 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1990 صفحة رقم: 1798. وكذلك: تمييز حقوق رقم القرار: 461 / 1985 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1985 صفحة رقم: 1326. تمييز حقوق رقم القرار: 20 / 1987 المنشور في: مجلة نقابة المحامين لسنة: 1987 صفحة رقم: 2081.

[584] سبق عرض ما تضمنته المواد المذكورة بالتفصيل في المطلب السابق.

ولما كانت هذه النتيجة هي النتيجة المسندة قانوناً، أرى أن الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة، لا يعد تشديدا في المسؤولية، لأنه لا تتحقق في هذه الحالة أية مسؤولية، أما ركن الخطأ فمنعدم، ومن ثم لا يكون ثمة مجال للحديث عن التشدد في ركن السببية.

إلا أن هذه النتيجة المنطقية وإن صحت من الناحية النظرية، إلا أنها غير صحيحة من الناحية العملية، ذلك أن لجوء الأطراف للاتفاق على تحميل المدين تبعة القوة القاهرة، قد ينبع في صورة من صوره من ضرورات عملية، أهمها صعوبة الإثبات[585]، فإرادة الأطراف في هذه الصورة تكون قد اتجهت حقيقة إلى اعتبار المدين مسؤولا، دون أن يستطيع هذا الأخير التمسك بانقضاء التزامه بسبب القوة القاهرة، ولما كانت إرادة الأطراف معتبرة في هذا الشأن، فان هذا الاتفاق يقصد منه الإبقاء على المسؤولية، التي يستطيع المدين التمسك بانقضائها بأي سبب آخر، ما نستنتج منه أن الاتفاق على تحميل المدين المسؤولية عن تعويض الدائن في حالة القوة القاهرة، هو اتفاق يتعلق بالمسؤولية، وهو في الحقيقة تشديد فيها، إذا ورد الشرط على الوجه السابق، وأرى انه يجب أن يكون الشرط في هذه الحالة دالا على هذا المعنى، بأن يرد على صورة اتفاق مسؤولية، ويتحقق ذلك إذا تم الاتفاق على مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ حتى في حالة القوة القاهرة.

أما إذا ورد الشرط بقصد الضمان فلا يكون تشديداً في المسؤولية، وإنما التزاماً بالمعنى الدقيق.

ويمكن الاستدلال على ما أريد بالشرط – الضمان أم المسؤولية– من طبيعة العقد وصياغة الشرط، فإذا ورد الشرط في مواجهة مودع لديه أو مستعير ممن تكون يدهم على الشيء يد أمانة، فغالبا يقصد به المسؤولية لا الضمان، أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع في عقد البيع قبل التسليم، فالشرط غالبا يراد به الضمان.

---

(585) للتفصيل في أسباب إجازة تضمين الصناع في الفقه الإسلامي: حماد، نزيه: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ط2، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 2000، ص27–28.

ثانيا: اعتبار الاتفاق ضربا من التأمين

يذهب البعض –وهم غالبية– إلى القول بأن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ يعد ضربا من التأمين[586]، وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع: "ويعد هذا الاتفاق نوعا من التأمين"[587].

وأقول في ذلك؛ إن اعتبار مثل هذا الاتفاق ضرباً من التأمين –باعتقادي– يـؤدي إلـى آثار لم تكن إرادة الأطراف اتجهت إلى إحداثها، ومن هذه الآثار؛ تطبيق النصوص الآمرة فـي قوانين التأمين، ونكتفي هنا بالإشارة إلى بعض النتائج التي ترتبها بعض مواد القانون المدني:

النتيجة الأولى: أن حق المستفيد من هذا (التأمين) ستحكمه قواعد قانونية آمرة، بحيـث تكـون مخالفتها من حيث النتيجة غير ذات أثر على عقد التأمين؛ فإذا تحققت مسؤولية المسـتفيد مـن الشرط ولم تكن تلك المسؤولية نتيجة جنحة أو جناية عمدية، فان المستفيد من الشـرط يسـتحق مبلغ التأمين، رغم تحقق مسؤوليته بموجب القواعد العامة في القانون المدني[588]. كذلك تتحقـق مسؤولية الملتزم بالشرط إذا كانت هناك شروط مطبوعة بشكل غير ظاهر في العقد، وكانت تلك الشروط تتعلق بحالة بطلان أو سقوط الاتفاق المبرم بين الفريقين[589]، وهذه النتيجـة تخـالف القواعد العامة في العقود وتتماشى مع عقد التأمين. كما لا يجوز للمدين بالشرط التمسك بشـرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما، بل يجب أن يكون باتفاق منفصل على خـلاف القواعـد العامة في العقود[590]. كما يبطل كل شرط اتفق عليه الطرفين، لا يكون قد ترتب على مخالفته، حدوث النتيجة المطلوبة[591]. أي إذا اتفق المستفيد من الشرط، والمدين به، على أن شرط تحمل المدين القوة القاهرة يسري في منطقة معينة، وحصل أن حدثت القوة القاهرة في منطقة أخـرى،

---

[586] سعد، نبيل: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص306. سوار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص395. تناغو، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص161. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 981.

[587] المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص285.

[588] بهذا المعنى المادة (1/750) مدني مصري. يقارب المادة (875/أ) من المشروع.

[589] بهذا المعنى المادة (3/750) مدني مصري. بنفس المعنى المادة (875/ج) من المشروع.

[590] بهذا المعنى المادة (4/750) مدني مصري. بنفس المعنى المادة (875/د) من المشروع.

[591] بهذا المعنى المادة (5/750) مدني مصري. بنفس المعنى المادة (875/هاء) من المشروع.

فان حدوثها في منطقة أخرى لا يعد سببا لعدم اقتضاء التعويض إن لم يكن لتغير المنطقة أثر على النتيجة التي حدثت، وهو ما يتعارض أيضا مع القاعدة العامة في العقود من أن العقد شريعة المتعاقدين. والاتفاق على الأحكام التي أوردناها أعلاه يعد باطلا وغير ذي اثر، وهو أمر يتعارض مع القواعد العامة في العقود.

النتيجة الثانية: أن المشرع عندما نظم عقود التأمين(أو علاقات التأمين) إنما افترض وجود شركة تأمين ذات مركز مالي قوي، تستطيع تحمل الأعباء المفروضة عليها بموجب التنظيم القانوني للتأمين، وهو أمر غير مفترض في الأفراد الذين قد ينصون على شرط تحمل القوة القاهرة. فلا يعقل معاملة الأفراد المعاملة نفسها التي تعامل بها الشركات الكبرى.

النتيجة الثالثة: اختلاف الأحكام بين المسؤولية العقدية عموما، وعقد التأمين الذي يتمتع بخصوصية معينة، فمدة التقادم التي تكون في عقود التأمين ثلاث سنوات من وقوع الخطر[592]، هي في العقود الأخرى خمسة عشر عاما.

ولن أغرق في إيضاح النتائج الأخرى، حيث يتبين أن الفرق بين المسألتين هو فرق كبير، ولا يمكن تصور اعتبار اتفاق تحمل تبعة القوة القاهرة ضربا من التأمين. خاصة إذا ما عدنا أيضا إلى قوانين التأمين الخاصة، التي غالبا ما ترتب التزامات قانونية بحتة لا علاقة للعقد فيها، إلا بترتيب آثار بسيطة جدا.

ثالثا: اعتبار اتفاق تحمل تبعة القوة القاهرة من قبيل الضمان

يرى البعض أن اتفاق تحمل المدين تبعة القوة القاهرة يعد ضمانا اتفاقيا[593]، ولذا يطلق عليه القانون الفرنسي اتفاق الضمان الذي لا يبرأ المدين بموجبه من التزامه إذا نشأت قوة قاهرة

(592) بهذا المعنى المادة (752) مدني مصري.

(593) الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص177.

ويبقى ملزما بالتعويض[594]. ومن ذلك الالتزام بضمان صلاحية الشيء للعمـــل فهـــو تصـــرف قانوني يشدد في الضمان القانوني[595].

ويذهب البعض إلى أن الالتزام بالضمان هو نوع ثالث من الالتزامات التعاقدية، يختلف كل الاختلاف عن الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة. وهو التزام شخص بمقتضى نص في القانون أو اشتراط في العقد، بأن يعوض شخص آخر عن ضرر ناشئ من سبب أجنبي قد يكـــون قـــوة قاهرة وقد يكون خطأ الغير أو خطأ الدائن[596]. كما ويعرف الضمان بأنـــه: "التـــزام شخصـــي بتعويض المضرور دون أن يكون ثمة خطأ تقصيري أو عقدي"[597].

يتضح من التعريفين السابقين، أن الضمان هو التزام يفرضه القانون أو العقد فـــي ذمـــة المدين بهذا الالتزام، بحيث يكون المدين ملتزما بموجبه حتى في حالة تدخل قوة قـــاهرة حالـــت دون تنفيذ الالتزام عن دفع التعويض للطرف الآخر.

وهذان التعريفان يخرجان الضمان من منطقـــة المســـؤولية، أي أن الضـــمان التـــزام والإخلال به يرتب مسؤولية، والقول بأن شرط تحمل المدين السبب الأجنبي يعد ضمانا اتفاقيـــا، هو –باعتقادي– الأقرب إلى طبيعة هذا الشرط لكن على أحد وجهين. ذلك أن الالتزام الأصـــلي ينقضي قانونا بفعل القوة القاهرة، وعندها لا يتصور بقاء المسؤولية بالمعنى النصوص عليه في القواعد العامة، أو حتى الحديث عنها بخصوص هذا الالتزام، لأنه لا يتصـــور مســـؤولية دون التزام، ولما كان الأمر على هذا النحو، فلا مجال للقول بأن اتفاق تحمل التبعة هو اتفاق يشـــدد المسؤولية، إلا إذا قصد به التهرب من عبء الإثبات، ذلك أنه في الحالة الأخيرة يراد به تشـــديد المسؤولية لا الضمان.

وأمثل على اتفاق الضمان، أن يتفق المؤجر والمستأجر على تحمل الأول الأضرار التي تلحق بالمستأجر إذا هلك المأجور بفعل قوة قاهرة، وفي هذه الحالة إذا حدث أن هلك المـــأجور

---

[594] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص11.

[595] منصور، محمد حسين: ضمان صلاحية المبيع، مرجع سابق، ص10–11

[596] حجازي، عبد الحي: النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مرجع سابق، ص188–189.

[597] مشار إليه: حجازي، عبد الحي: المرجع السابق، ص189، الحاشية رقم 51.

بفعل خطأ الغير ولم تتحقق فيه شروط القوة القاهرة، فانه ليس للدائن أن يثبت أن الهلاك قد حصل بقوة قاهرة طالما تحقق له الرجوع على المسؤول الحقيقي. أي أن الأصل براءة ذمة المدين من هذا الالتزام، وعلى من يدعى خلاف الأصل أن يثبت ذلك، وحتى لو أثبت الدائن وقوع القوة القاهرة، فان المدين يستطيع نفي تحقيق التزامه، بأن يثبت أن السبب المنتج كان خطأ الدائن أو خطأ الغير.

وعليه، أرى أن الضمان المبحوث عنه هو التزام بالمعنى الدقيق، إلا أنه لا يعد تشديدا في المسؤولية من حيث كونه اتفاق ضمان، لأن الشرط لا يتشدد في تقييم مسلك المدين فيها، وإنما يضيف التزاما جديدا. على خلاف شرط التشديد حيث يكون المدين في الأصل غير مسؤول لكن بشكل غير مطلق، وبموجب الشرط تصبح مسؤوليته أشد أو تتحقق بعد أن كانت على درجة من خطر التحقق، ونمثل على ذلك بأن يتفق الوكيل (مدين) مع الموكل على قيام الأول ببذل عناية الرجل شديد الحرص في تنفيذ الوكالة، فهنا وإن كان الأصل أن مسؤولية المدين لن تتحقق إن هو ارتكب خطأ تافهاً، إلا أنه بموجب هذا الشرط تتحقق مسؤوليته بعد أن كانت في الأصل على درجة من خطر التحقق.

بناء على ما تقدم أقول بأن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة، إما يكون اتفاق ضمان، وإما اتفاق مسؤولية، وهو ما يستوجب الرجوع إلى إرادة الأطراف وتفسيرها، حتى نعرف إذا ما كنا أمام اتفاق ضمان أم اتفاق مسؤولية، فإذا قصد من الاتفاق التهرب من عبء الإثبات لمصلحة الدائن –وهو ما يمكن الاستدلال عليه من طبيعة العقد– هنا نستطيع القول بأن الاتفاق يرد على المسؤولية، ولا يعد اتفاق ضمان. أما إذا عقد الاتفاق لأجل الضمان فلا يعد اتفاقاً متعلقا بتشديد المسؤولية. ويكمن الفرق بين التكييفين في أن اتفاق الضمان يستدعي تقديم دعوى يطالب فيها الدائن بالتنفيذ العيني، أي تنفيذ عقد الضمان، وعليه قبل تقديم الدعوى إنذار المدين بتنفيذ العقد عينا[598]، ويطالب الدائن بالبدل. بينما في حالة تكييف الشرط على أنه تشديد في المسؤولية، فالدائن يتقدم بدعوى المسؤولية دون تقديم إنذار، ولا يتقدم بدعوى تنفيذ العقد،

[598] نصت المادة (218) مدني مصري على انه:" لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك".

ذلك أن التنفيذ العيني يكون غير ممكن بفعل المدين[599] على اعتبار أن القوة القاهرة أدت إلـــى عدم إمكانية التنفيذ، ويطالب الدائن بالتعويض.

الفرع الرابع: أثر شرط ضمان القوة القاهرة من حيث الموضوع

ينتج الشرط القاضي بضمان المدين السبب الأجنبي، آثارا عدة من حيـــث الموضـــوع، وأدرس في هذا الفرع آثار شرط الضمان على عبء الإثبات وعلى المسؤولية.

أولا: أثر شرط الضمان على عبء الإثبات

يقع على الدائن عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه[600]. وفي ذلك تقول المادة (389) مدني مصري:" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

وعلى المدعي (الدائن) في الالتزام بتحقيق نتيجة أن يثبت الالتزام، وأن يثبت أن النتيجة التي يفرضها الالتزام على الدائن لم تتحقق، فيكلف المدين بإثبات تنفيذه[601]. فإذا عجز المـــدين عن هذا الإثبات عد مخطئا، ولا يجوز له نفي هذا الخطأ طالما لم تتحقق النتيجة. وانما يستطيع ذلك في حالة واحدة هي إثبات السبب الأجنبي. لأن هذا الإثبات يهدر ركن السببية[602].

أما في الالتزام ببذل عناية، فيثبت الدائن قيام الالتزام، عندئذ يجوز للمدين أن يثبت انـــه بذل العناية المطلوبة، فإذا نجح في ذلك عد منفذا للالتزام، ما لم يثبت الـــدائن أن المـــدين كـــان مقصرا باتخاذ الاحتياطات اللازمة التي كان عليه أن يتخذها، فإذا أثبت ذلك تحقق خطأ المدين، لكن يستطيع المدين إثبات أنه اتخذ فعلا الاحتياطات المفروضة عليه، أو أن الاحتياط الذي يدعيه

---

[599] نصت المادة (220) مدني مصري على انه: "لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتيـــة: أ- إذا أصـــبح تنفيـــذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدي بفعل المدين".

[600] الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص142.

[601] الجمال وآخران، مرجع سابق، ص206. سعد، نبيل: النظرية العامة، ج1، مرجع سابق، ص298.

[602] أبو السعود، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص228.

الدائن لم يكن واجبا عليه، فينتفي خطؤه عندئذ[603]. وفي كل الأحوال يستطيع المدين أن يثبت السبب الأجنبي لإخلاء مسؤوليته.

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة إذا تعلق الإثبات بالتزام متضمنا شرط تحمل المدين للقوة القاهرة، فهل في هذه الحالة تفترض القوة القاهرة افتراضا غير قابل لإثبات العكس، على اعتبار أن إثبات العكس يبقي المدين مسؤولا ولن يتخلص بموجبه من التزامه؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من توضيح أن الدائن هو الذي سيستفيد من إثبات القوة القاهرة، في حالة اتفاق الضمان، لذلك عليه أن يثبت القوة القاهرة، كشرط لتفعيل اتفاق الضمان، ذلك أن المطالبة تكون في هذه الحالة بتنفيذ العقد عينا، وهو ممكن دائما في اتفاق الضمان لأن محله مبلغ مالي. أما إذا كان الشرط يتعلق بالمسؤولية، فعليه إثبات مسؤولية المدين، ولا يكون هناك حاجة لإثبات القوة القاهرة[604]، وفي الحالة الأخيرة يدعي –الدائن– أن الالتزام لم ينفذ، وعليه إثبات الالتزام وعدم تنفيذه على النحو الوارد أعلاه بالنسبة لبذل عناية أو لتحقيق غاية، حيث يكون عليه فقط أن يقرر أن الالتزام لم ينفذ إذا كان بتحقيق غاية[605]. ويعفى من تقديم الدليل على وقوع القوة القاهرة، فإذا دفع المدين بوجودها، كان دفعه غير ذي أثر لأن مسؤوليته تتحقق حتى في ظل وجود القوة القاهرة.

وينقضي التزام المدين إذا أثبت وجود سبب أجنبي آخر غير القوة القاهرة، كخطأ الغير، أو خطأ الدائن، وهذا القول يصح إذا كان الاتفاق قد اقتصر على تحمل المدين القوة القاهرة دون غيرها، أما إذا كان شرط التحمل مشتملا على كل أنواع السبب الأجنبي، فلا يستطيع المدين أن

---

(603) بهذا المعنى: النوري، حسين: **نظرية العقد**، عين شمس، مطبعة الرسالة، دون سنة، ص252. شنب، محمد لبيب: **دروس في نظرية الالتزام، (الإثبات–أحكام الالتزام)**، د.م، د.ن، 1975، ص11 وما بعدها. أبو السعود: مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص228 ومصادر الالتزام، مرجع سابق، ص237–238. الجمال وآخران، مرجع سابق، ص206. سعد، نبيل: النظرية العامة، ج1، مرجع سابق، ص298.

(604) يقع عبء إثبات الضرر دائما على الدائن إلا في حالتين: الأولى، ما نصت عليه المادة (1/224) مدني مصري بالنسبة لاستحقاق التعويض ألاتفاقي. والثانية، ما نصت عليه المادة (228) مدني مصري بخصوص فوائد التأخير. للتفصيل في ذلك: الفقي، عمرو عيسى: **الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)**، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2002، ص143–144.

(605) الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص416.

يدفع المسؤولية عن نفسه، إلا إذا اثبت بطلان الشرط أو بطــلان العقــد، وخــرج مــن إطــار المسؤولية العقدية، أو اثبت وقوع غش أو خطأ جسيم من جهة الدائن، على فرض إجازة الشرط الذي يحمل المدين السبب الأجنبي، علما أن المدين يستطيع دائما الدفع بخطأ الغير.

ثانيا: أثر شرط الضمان على مسؤولية المدين

سبق لي القول؛ إن اتفاق الضمان لا يعد اتفاقا من اتفاقات المسؤولية، فإذا كان الاتفــاق ينص على ضمان المدين القوة القاهرة، فان اتفاقا كهذا يجعل المدين مسؤولا عن دفــع البــدل، حتى وان لم تتحقق مسؤوليته، إلا أن مسؤوليته لا تترتب مباشرة، ويترتب على الدائن إرســال اعذار له يطالبه بتنفيذ عقد الضمان عينا، فإذا لم يستجب للاعذار، يقوم الــدائن بتقــديم دعــوى يطالب فيها بتنفيذ العقد عينا.

أما إذا كان الاتفاق قد ورد على المسؤولية بتشديدها تهربا من عــبء الإثبــات، فــان مسؤولية المدين تبقى قائمة وإن ادّعى بوجود القوة القاهرة، ولا يكون ثمة حاجة لاعذار (المــادة 220/أ مدني مصري)، حيث يتقدم الدائن بدعوى المسؤولية مباشرة.

المبحث الثاني: الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين

يأخذ الشرط المشدد لتقييم مسلك المدين، أكثر من صورة، فقد يكون الشرط مشددا لمدى التزام المدين عبر التشدد في درجة العناية المطلوبة، كما قد يكون بتحويل الالتزام الذي هو فــي الأصل التزام ببذل عناية ليصبح التزام بتحقيق غاية، كما قد يرد الشرط على مدة التقــادم فــي الأحوال التي ينص فيها القانون على جواز زيادة المدة بالشرط، وهو ما سأدرسه فــي المطلــب الأول، كما أدرس في المطلب الثاني أثر التشدد في تقييم مسلك المدين من حيث الموضوع.

المطلب الأول: الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين والاستثناءات التي ترد عليه

يرى البعض أن الصورة الوحيدة لاتفاقات تشديد المسؤولية، هي الاتفاق علـــى تقـــدير التعويض بأكثر من قيمة الضرر الذي نشأ عن الإخلال بالعقد[606]. وأرى أن مثل هذا الاتفاق لا علاقة له باتفاقات المسؤولية، وإنما يرتبط بشكل مباشر باتفاقات التعويض. إلا أن هناك صـــورا تعد من قبيل التعديل الحقيقي في المسؤولية، وذلك عبر التشدد في تقييم مسلك المدين، في أكثـــر من صورة، فقد يتم ذلك التشدد بتحويل الالتزام الذي هو في الأصل التزام ببذل عناية ليصـــبح بالشرط التزاماً بتحقيق غاية، كما قد يتم التشدد باشتراط بذل عناية خاصة في تنفيذ الالتزام، كما يجوز في أحوال ضيقة الاتفاق على زيادة مدة التقادم. وهذه الصور باعتقادي تمس المســـؤولية بشكل مباشر، فهي تشدد في الصورتين الأولى والثانية في ركن الخطأ، بينمـــا فـــي الصـــورة المتعلقة بمدة التقادم يبقي عنصر المسؤولية فعالا رغم أنه بحسب الأصل ينتهي ويبقى عنصـــر المديونية وحده.

الفرع الأول: جواز التشدد في تقييم مسلك المدين

يقصد بالتشدد في تقييم مسلك المدين في إحدى صورها، تشديد التزام المدين عبر تحويله من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة[607]، بحيث يعد المدين قد ارتكب خطأً في الأحوال التي لا يعد فيها مرتكبا للخطأ بحسب الأصل.

وأمثل على ذلك بالتزام المحامي الذي يعد التزاما ببذل عناية، ومعياره معيار المحـــامي المعتاد أي أوسط المحامين خبرة وعناية[608]. ذلك أنه قد يتفق المحامي مع الموكـــل علـــى أن يكون مسؤولا عن خسارة الدعوى ولو لم يكن مقصراً[609]. كما يأخذ التشدد في تقيـــيم مســـلك

---

[606] زكي، مشكلات المسؤولية، ج2، مرجع سابق، ص11، تتمة الهامش رقم4.

[607] سوار، النظرية العامة، ج1، مرجع سابق، ص395.

[608] بهذا المعنى: السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، 824.

[609] سوادي، عبد الباقي: **مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية**، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيـــع، 1999، ص332.

المدين صورة أخرى، بأن يكون المدين مسؤولا إذا لم يبذل عناية خاصة تفوق عناية الشخص العادي.

ويرى البعض أن الأساس في إجازة مثل هذه الاتفاقات يرجع لنتيجة منطقية مفادها؛ أنه إذا أجيز الاتفاق على تحمل المدين القوة القاهرة، فانه من باب أولى يجوز كذلك الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين[610].

وأرى أن هذا الاتفاق لا يجد سنده باستنتاج منطقي، وإنما يجد سنده القانوني في المادة (1/211) مدني مصري التي جاء فيها:" في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فان المدين يكون قد أوفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"[611]. إلا أن تحويل الالتزام بفعل هذا الاتفاق إلى التزام بتحقيق نتيجة، بعد أن كان التزاما ببذل عناية، لا يمنع المدين من التمسك بالسبب الأجنبي كسبب لانقضاء الالتزام سواء بشكل مؤقت أو تام[612]. كما أنه يمكن التشدد في تقييم مسلك المدين عبر إبقاء الالتزام الذي هو في الأصل التزام ببذل عناية، كما هو مع التشديد في درجة العناية المطلوبة، كان يتفق على بذل عناية الرجل الحريص، في التزام يستلزم تنفيذه عناية الرجل العادي. وهناك صورة ثالثة للتشديد في المسؤولية وردت بنصوص خاصة، وهي زيادة مدة التقادم، ومن ذلك ما ورد في عقد المقاولة من جواز زيادة الضمان العشري لمدة أطول[613].

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على جواز الاتفاق على التشدد في تقييم مسلك المدين

أورد القانون المدني المصري، وعلى نهجه سار المشروع، استثناءين يتعلقان بالاتفاق على تشديد مسؤولية المدين، الأول يتحقق في حالة غش المدين، فيما يتحقق الثاني في حالة

---

[610] مرقس، الوافي، ج1، مرجع سابق، ص646.

[611] نص المشروع على نفس الحكم في المادة (234) منه.

[612] الفضل، النظرية العامة، مرجع سابق، ص311.

[613] نعرض لهذه الحالة عند تناول تطبيقات الشروط المشددة في عقد المقاولة.

الخطأ الجسيم. وإن كان لهذين الاستثناءين أثر واضح في حال الاتفاق على تخفيف المسؤولية، فان ذلك لا ينفي أن لهما أثراً أيضا على اتفاقات التشديد، وأعرض لهذين الاستثناءين تباعا.

أولا: الغش

سبق وان أوضحنا معنى الغش، لذا سنقتصر هنا على البحث في أثره على اتفاق التشديد في مسؤولية المدين.

جاء في المادة (2/211) مدني مصري:" وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". وهو الحكم ذاته الذي أورده المشروع في المادة (2/234) منه. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة:" ومهما يكن من أمر فمن المسلم به أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم، سواء أكان معيار العناية الواجبة معيارا عاما مجردا أم خاصا معينا"[614].

وعليه، فلا يستطيع المدين الذي التزم بموجب شرط مشدد أن يتمسك بالاتفاق إذا صدر عنه غش، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على أن يسأل المدين عن الخطأ التافه، فلا يستطيع المدين أن يتمسك بأنه لم يقع من قبله خطأ تافه إذا كان قد صدر عنه –حتى في إطار هذا الخطأ ودون تجاوزه– غش. ذلك أن مجرد ثبوت الغش يثبت المسؤولية في مواجهته، ولا تنتفي عنه سواء أتمسك بالاتفاق أو بغيره من الأسباب. كما أن الغش يجعل المدين ليس مسؤولا عن تعويض الأضرار المتوقعة فقط، بل يجعله مسؤولا عن تعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة. وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية الموقرة:" التعويض في المسؤولية العقدية –في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم اقتصاره على الضرر المباشر المتوقع أما التعويض في المسؤولية التقصيرية فيكون عن أي ضرر مباشر متوقعا أو غير متوقع..."[615].

---

[614] المذكرات الإيضاحية للمشروع، ص277.

[615] الطعن رقم 3956 لسنة 68ق، جلسة 2000/5/28. مشار إليه: احمد، إبراهيم سيد: **مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء**، ط1، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص111.

ثانيا: الخطأ الجسيم

لا يرد (الخطأ الجسيم) استثناءً على شرط التشدد في تقييم مسـلك المـدين، بـل يثيـر الأساس الذي يرجع به على المدين في حالة تحقق خطئه الجسيم، أهو الاتفاق أم القانون؟ وفـي ذلك أقول: الأصل عند الاتفاق على التشدد في تقييم مسلك المدين، أن يكون المدين مسؤولا مـن باب أولى عن الخطأ الجسيم، لأنه عند التشدد، يصبح الالتزام أكثر إرهاقا للمدين، ويطلب مـن المدين ما لا يطلب منه بموجب القواعد العامة، لذا فانه من قبيل النتيجة الحتمية لـيس بموجـب القانون فحسب بل وبموجب الاتفاق أيضا مساءلة المدين عن خطئه الجسيم، إلا أن يكون شـرط التشدد في تقييم مسلك المدين، قد ورد على وصف الالتزام (بأن حوله من بذل عناية إلى تحقيق غاية) ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن المدين لا يكون مسؤولا عن الخطأ الجسـيم بموجـب العقد، ذلك أن مسؤوليته في هذه الحالة منبعها القانون وليس العقد.

المطلب الثاني: أثر التشدد في تقييم مسلك المدين من حيث الموضوع

تترتب على الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين، آثار من حيث الموضـوع، بعضـها يتعلق بعبء الإثبات، وبعضها يتعلق بالمسؤولية، أدرسها تباعا.

الفرع الأول: آثار الشرط على عبء الإثبات

يترتب على الاتفاق على تحويل الالتزام من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، أن المدين يصبح مسؤولا عن عدم تحقق النتيجة حتى لو أثبت أنه بذل في سبيل تحقيقها عنايـة الرجل العادي، فلا يكون أمامه في هذه الحالة إلا أن يثبت السبب الأجنبي.

ويذهب رأي إلى أنه بموجب الاتفاق على التشديد فان المدين يصبح مسؤولا حتى عـن الخطأ اليسير أو التافه أو عن فعله المجرد عن الخطأ، وينقلب التزامه من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية[616]. وأرى أن التشديد في هذه الحالة لا يقلب التزام المدين، بل يبقيه التزاماً ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة تكون أشد، ويظهر أثر ذلك في الإثبات حيث يكـون الـدائن

---

[616] أبو السعود، مبادئ القانون، مرجع سابق، ص231.

مسؤولا عن إثبات عدم تحقق النتيجة إذا تحول الالتزام إلى تحقيق نتيجة، أما إذا لم يتحول فـــان الدائن يبقى مسؤولا عن إثبات أن المدين لم يبذل العناية المطلوبـــة. ويبقـــى الالتـــزام محتفظـــا بطبيعته، إلا أن صفة التشديد تلازم الالتزام في درجة العناية المطلوبة.

وعليه، فانه إذا كنا أمام تحويل للالتزام بحيث يصبح تحقيق غاية بدل بذل عناية، فـــان عبء الإثبات يصبح أقل إرهاقا للدائن، ويكفي الدائن أن يثبت الالتزام وأن النتيجة لـــم تتحقـــق. وعندها يلزم المدين في أن يثبت التخلص من الالتزام، بإثبات الســـبب الأجنبـــي حتـــى ينفـــي مسؤوليته، ولا يسعفه الادعاء بأنه بذل العناية الكافية.

أما إذا كان الشرط يشدد في درجة العناية دون تغيير طبيعة الالتزام، فلا أثر لذلك علـــى نقل عبء الإثبات، وإنما يصبح المدين ملزماً بأن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة بموجب الاتفاق لا بموجب القواعد العامة.

الفرع الثاني: آثار الشرط على مسؤولية المدين

يختلف أثر الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين على مســـؤوليته، بـــاختلاف صـــورة الشرط، فإذا ورد الشرط بأن حول الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق غاية، عد المدين مســـؤولا إذا لم تتحقق الغاية المطلوبة، فيما هو في الأصل مسؤول عن بذل عناية هي عنايـــة الشـــخص العادي كقاعدة عامة، ولا يستطيع المدين تبعا لذلك أن يدعي أنه بذل ما بوســـعه، أو أنـــه بـــذل عناية الشخص العادي، بل عليه أن يثبت انتفاء مسؤوليته، بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الدائن.

أما إذا ورد الشرط في صورة تشديد في تقييم مسلك المدين عبر إلزام المـــدين بدرجـــة عناية تفوق الدرجة المقررة قانونا، فإن لهذا الشرط أثراً على درجة العناية التـــي يجـــب علـــى المدين بذلها، بحيث تصبح -بموجب الشرط- بذل عناية الشخص العادي -مـــثلا- فـــي حـــين

يوجب القانون أن تكون عناية أقل[617]. أو تصبح أكثر من عناية الشخص العادي، كـأن يتفـق على بذل عناية الشخص الحريص. وعليه فإن مسؤولية المدين تتحقق إن هو لم يبـذل العنايـة المتفق عليها.

كما قد يرد الشرط على مدة التقادم، ويكون صحيحا في الأحوال التي نص القانون على جواز زيادة مدة التقادم، أما بوجه عام فمثل هذا الشرط باطل بنص القانون، ولا أثر له. حيث نص المشرع المصري في المادة (1/388) مدني مصري على أنه: "لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"[618].

أما إذا ورد الاتفاق على مدى التعويض، -فباعتقادي- أن مثل هذا الشرط يعد تعويضـا اتفاقيا، يخضع لأحكامه.

المبحث الثالث: تطبيقات الشروط المشددة في المسؤولية والقيود التي ترد عليها

أدرس في هذا المبحث تطبيقات قانونية للشروط المشددة في المسؤولية، في عقد البيع، والإيجار، والمقاولة، والنقل، ومدة التقادم، وعقود الأمانة، وذلك في مطلب أول، ثم في مطلب ثان أدرس القيود التي ترد على هذه الشروط.

المطلب الأول: تطبيقات الشروط المشددة للمسؤولية

أدرس في هذا المطلب تطبيقات الشرط المشدد في المسؤولية في عقد البيع والإيجار والمقاولة والنقل، في الفروع التالية.

---

[617] نصت المادة (1/720) مدني مصري:" إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العنايـة فـي حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد". وقد أخذ مشروع المـدني بهـذا الحكم في المادة (1/831) منه.

[618] أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (1/426) منه.

الفرع الأول: تطبيقات الشروط المشددة للمسؤولية في عقد البيع

أدرس في هذا الفرع تطبيقات الشروط المشددة للمسؤولية في حالتي ضمان الاستحقاق، وضمان العيب الخفي في المبيع، علما أن هذه التطبيقات تتعلق بشرط الضمان لا بالشرط المشدد في المسؤولية.

أولا: زيادة ضمان الاستحقاق

في ضمان الاستحقاق يضمن البائع، تعرضه الشخصي، كما يضمن التعرض الصادر عن الغير، وقد أجاز المشرع التشديد عبر الاتفاق في هذا الضمان، فنصت المادة (1/445) مدني مصري على أنه:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان"[(619)]. وتأخذ الزيادة في الضمان عدة صور؛ فقد يتفق المتعاقدان على أن يضمن البائع التعرض المادي الصادر من الغير والذي أصلا لا يوجبه عليه القانون[(620)].

ويدخل البعض في إطار صور التشديد، الاتفاق على الزيادة في التعويض، ومثال ذلك الاتفاق على أن يضمن البائع، ولو كان حسن النية المصاريف الكمالية التي أنفقها المشتري[(621)]. وأرى أن هذا الاتفاق هو اتفاق ضمان وليس اتفاقاً مشدداً في المسؤولية.

كما ويجوز بموجب الشرط أن يتفق البائع مع المشتري –في بيع المتجر مثلا– على التزام البائع بالا ينشئ إلى جانب المتجر المبيع متجرا آخر تباع فيه السلعة الأصلية أو سلعة أخرى[(622)]. كما قد يتفق المتعاقدان على جواز الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق متى علم

---

(619) أخذ المشروع حرفيا بهذا الحكم في المادة (467) منه.

(620) أبو دلو، بدر: مرجع سابق، ص179.

(621) منصور، محمد: شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص152. الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص305.

(622) أبو السعود، رمضان: **الموجز في شرح العقود المسماة– عقود البيع والمقايضة والتأمين– دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني**، القاهرة، الدار الجامعية، 1994، ص240.

المشتري بسبب الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلا[623]. أو الاتفاق على أن يضمن البائع نزع ملكية العقار للمنفعة العامة[624] بينما يعفيه القانون من ذلك. ويحسن أن تحدد المدة التي إذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة خلالها وجب الضمان، وذلك حتى يكون الضمان محددا فيمكن إعماله[625].

ثانيا: زيادة ضمان العيب الخفي

أجاز القانون اتفاق البائع والمشتري على زيادة ضمان العيب الخفي، حيث جاء في المادة (453) مدني مصري:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه"[626].

وهذا الاتفاق قد يتعلق بأسباب الضمان[267]، ومثال الاتفاقات المتعلقة بأسباب الضـــمان، كما إذا اتفق الطرفان على أن يضمن البائع العيوب التي توجد بالمبيع ولو كانت يسيرة أو حتـــى لو كانت لا تنقص قيمة المبيع، أو من الانتفاع به[628]. أو أن يضمن البائع للمشتري العيب ولـــو كان ظاهرا، أو يمكن اكتشافه بملاحظة الشخص العادي[629].

الفرع الثاني: تطبيقات الشرط المشدد في عقد الإيجار

أجاز المدني المصري الاتفاق على تشديد ضمان التعرض، وكذلك ضمان العيب الخفي في المأجور، وهو ما يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة (578) منه التي جاء فيها:" يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى

---

(623) خضر، خميس: **عقد البيع في القانون المدني**، ط2، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972، ص220.

(624) قاسم، محمد: مرجع سابق، ص301.

(625) السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص698، الهامش رقم 1.

(626) أخذ المشروع بهذا الحكم أيضا في المادة(479) منه.

(267) تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص330.

(628) فرج، توفيق حسن: **الوجيز في عقد البيع**، القاهرة، الدار الجامعية، 1988، ص214-215.

(629) تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص330.

عن غش سبب هذا الضمان"[630]. وما قيل عن عقد البيع ينطبق على عقد الإيجار مع مراعاة طبيعة كل عقد، ففيما يتعلق بضمان التعرض، فانه من الجائز التعديل بهذه الأحكام عبر تشديدها في مواجهة المؤجر، بحيث يجوز الاتفاق مثلا على أن يمنح المستأجر حق الفسخ مهما كانت درجة إخلال المؤجر بانتفاع المستأجر بالعين[631]. كما يجوز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على ضمان الأول لتعرض الغير وإن كان ماديا، ذلك أن القاعدة التي تقضي بعدم ضمان المؤجر للتعرض الصادر من الغير ليست من النظام العام[632]. كما يجوز الاتفاق على خلاف قواعد ضمان العيب الخفي، وذلك بتشديد الضمان[633]، كان يتفق على أن يضمن العيوب وان كانت ظاهرة[634]. أو أن ينص في الشرط المشدد على مسؤولية المؤجر عن العيب وان لم يكن مؤثرا أو خفيا أو مع علم المستأجر به، أو الاتفاق على التزام المؤجر بالتعويض ولو كان لا يعلم بالعيب[635].

وقد أورد القانون المدني المصري وعلى هديه سار المشروع، نصا خاصا يتعلق بالهلاك، حيث لم يجز الاتفاق على تحميل المؤجر مسؤولية تعويض المستأجر في حالتي الهلاك الكلي والجزئي بسبب أجنبي، حيث جاء في المادة (569) مدني مصري:"1- إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً، انفسخ العقد من تلقاء نفسه. 2-أما إذا كان هلاك العين جزئياً أو أصبحت العين في حالة لا تصلح معها للانتفاع الذي أجرت من أجله، أو نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ولم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك، فيجوز له إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها أن يطلب تبعاً للظروف، إما إنقاص الأجرة، أو فسخ الإيجار ذاته، دون إخلال بما له من حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقاً لأحكام المادة السابقة. 3- لا يجوز للمستأجر في الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضاً إذا كان الهلاك أو

---

(630) بنفس المعنى المادة (632) من المشروع.

(631) طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص314. الدروي وآخر، مرجع سابق، ص163.

(632) السنهوري، عبد الرزاق: **شرح القانون المدني في العقود-عقد الإيجار (إيجار الأشياء)**، بيروت، منشورات محمد الداية، دون سنة، ص310.

(633) أبو السعود، العقود المسماة، مرجع سابق، ص528.

(634) الدروي وآخر، مرجع سابق، ص195.

(635) تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص208.

التلف يرجع إلي سبب لا يد للمؤجر فيه"[636].

يلاحظ بأنه لا يجوز أن يرجع في حالتي الهلاك الجزئي والكلي، بطلب التعويضات، ونعتقد أن المشرع أراد بهذا النص استثناء حالتي الهلاك من اتفاقات تشديد المسؤولية في مواجهة المؤجر، ذلك أنه في الأصل لا يلتزم المدين (المؤجر) بالتعويضات بموجب القواعد العامة، مما يعزز القول إن المشرع أراد بهذا النص عدم إجازة الاتفاق على تحميل المدين (المؤجر) السبب الأجنبي في حالات التهدم الكلي والجزئي في عقد الإجارة.

ويسري هذا الحكم سواء أكان السبب الأجنبي قوة قاهرة أو فعل الغير، ويذهب رأي إلى أنه إذا كان الهلاك راجعا إلى فعل الغير يستطيع المستأجر أن يرجع على المؤجر بنقصان المنفعة[637]. وأرى بأن هذا الرأي غير دقيق فالنص واضح في عدم إجازة مثل هذا التعويضات في حالتي الهلاك الكلي والجزئي إذا لم يكن للمدين يد فيه، أي إذا كان الهلاك بسبب أجنبي، والسبب الأجنبي يشمل من بين أمور أخرى فعل الغير.

وان كان الاتفاق على تحميل المؤجر ما ينتج عن القوة القاهرة من أضرار غير جائز، إلا إنني أرى جواز الاتفاق على تحميل المستأجر تبعة القوة القاهرة، والعلة في ذلك أنه قد يحصل الهلاك –غالبا– والمأجور في يد المستأجر، فلا يعرف إذا كان الهلاك قد حصل بخطأ المستأجر أم لا، لذا أرى انه يجوز الاتفاق على تحميل الأخير المسؤولية عن الهلاك، حتى ولو لم يثبت المؤجر خطأ المستأجر، لأن المؤجر يكون بعيدا عن المأجور، فيغدو مثل هذا الاتفاق مبررا ومعقولا.

الفرع الثالث: تطبيقات الشرط المشدد في عقد المقاولة

على خلاف شرط الإعفاء، الذي اعتبره المشرع مخالفا للنظام العام فيما يتعلق بمسؤولية المهندس والمقاول في الضمان العشري، فقد أجاز المشرع الاتفاق على تشديد مسؤولية المقاول

---

[636] أخذ المشروع بذات الحكم في المادة (623) منه.

[637] السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، العقود الواردة على العمل، م1، الإيجار والعارية**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، سنة 1964، ص296.

والمهندس وهذا الحكم يستنتج من مفهوم المخالفة لنص المادة (653) مدني مصري التي جاء فيها:" يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو الحد منه"[638]. ويظهر من النص المذكور أنه لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان، فيجوز اشتراط أن يبقى الضمان مدة تزيد على عشر سنوات، كما يجوز الاتفاق على ضمان المقاول والمهندس للقوة القاهرة[639]. كما يذهب رأي إلى أنه يمكن تصور تحمل المقاول والمهندس المسؤولية عن فعل صاحب العمل بشرط أن لا يكون الفعل صادرا عن غش صاحب العمل[640].

وأضيف أيضا حالة الخطأ الجسيم، ذلك أن تحمل خطأ رب العمل الجسيم يعد مخالفا للنظام العام، ذلك أن اتفاق التشديد يحتمل أحيانا وجه آخر هو إعفاء للدائن (المدين بالخطأ)، ومثل هذا الاتفاق مخالف للنظام العام، رغم عدم وجود نص مباشر بخصوص التشديد، وانما بوجود النص المتعلق بالإعفاء، ذلك أن الوجه الآخر لمثل هذا الاتفاق هو الإعفاء وهو لا يجوز في حالة الخطأ الجسيم.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الغش الصادر من المدين (المقاول أو المهندس) يؤدي إلى أن دعوى الضمان لا تسقط بمدة العشر سنوات.

ويذهب رأي إلى أن مدة التقادم هنا، هي مدة التقادم الطويل (خمسة عشر عاما) من وقت وقوع الغش، أو بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ اكتشافه[641]. وإن كان هذا الرأي يتناسب مع ما أوردته المادة (1/172) مدني مصري[642]، إلا أنني أرى –مع الاحترام– أن المدة الأقل هنا لن تنزل عن عشر سنوات في كل الأحوال، فإذا كان متفقاً على مدة أكثر من عشر سنوات اعتبرت تلك المدة الحد الأدنى للتقادم، فنص المادة (1/172) نص عام فيما نص المادة (3/651) مدني مصري نص خاص، هذا وقد جاء في المادة المذكورة:" وتبدأ مدة

---

[638] أخذ المشروع بنص مطابق له في المادة (746) منه.

[639] السنهوري، الوسيط، ج7، مرجع سابق، ص142.

[640] عبيدات، نوري: مرجع سابق، ص279.

[641] منصور، محمد حسين: **المسؤولية المعمارية**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص133.

[642] يقابلها نص المادة (1/199) من المشروع.

السنوات العشر من وقت تسلم العمل". وهذا النص يسري بغض النظر عن التكييف القانوني للعلاقة سواء بقيت في إطار المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

الفرع الرابع: تطبيقات الشرط المشدد في عقد النقل

أدرس تطبيقات الشرط المشدد في عقد النقل بثلاثة بنود، أتناول فيها أولا الشرط المشدد لمسؤولية الناقل البري، ثم ثانيا للشرط المشدد لمسؤولية الناقل الجوي، ثم ثالثا للشـــرط المشـــدد لمسؤولية الناقل البحري. علما أن قانون التجارة المصري، وكذلك مشروع التجارة الفلسطيني لم يوردا نصوصا خاصة في هذا المجال لذا سأدرسهما باقتضاب في البندين الأول والثـــاني، أمـــا قانون التجارة البحرية، فقد أورد نص صريح في هذا الشأن، وهو ما سأدرسه في البند الثالث.

البند الأول: عقد النقل البري

لم ينص القانون التجاري المصري وكذلك المشروع في نص خاص على جواز تشديد مسؤولية الناقل البري، ولكنني سأبحث بإيجاز شديد حكم التشديد في المسؤولية في عقد النقل البري، فيما يتعلق بنقل البضائع، وفيما يتعلق بنقل الأشخاص.

أولا: عقد نقل البضائع

لم ينص قانون التجارة المصري على جواز شرط التشديد في مسؤولية الناقل البري، إلا أن ذلك لا يعني عدم جواز مثل هذا الشرط، وذلك بموجب القاعدة العامة المنصوص عليها فـــي المادة (217) مدني مصري، والأمر ذاته يقال عن مشروع قانون التجارة الفلسطيني.

فيجوز لذلك أن تتفق الأطراف على زيادة مسؤولية الناقـــل، ولا يعنـــي ذلـــك تحميلـــه التزامات إضافية، ذلك أن تحميل الناقل التزامات إضافية جائز مطلقا بموجب القواعد العامة لعقد النقل والقواعد العامة للعقود فيما لم يرد بشأنه نص خاص، وضمن إطار هذه القواعد. وعليـــه، يستطيع الشاحن أن يشترط على الناقل ضمان الأخير للقوة القاهرة[643]، أو اشـــتراط أن يبـــذل

---

(643) نجد أن القانون التجاري تشدد في شروط القوة القاهرة فاعتبر انه يجب أن تكون حدثا خارجيا، فلا يعد قـــوة قـــاهرة انفجار وسيلة النقل أو احتراقها أو مرض تابعي الناقل، راجع المادة (214) تجارة مصري.

الناقل عناية خاصة في تنفيذ بعض التزاماته. ومن الشروط التي تشدد المسؤولية أن يتفق الشاحن مع الناقل على أن يكون التزام الأخير قائما حتى في حالة الضرورة التي قد تلجئه إلى تغيير طريق النقل، بأن يتفق على أن يبقى الناقل مسؤولا حتى وإن لم يصدر عنه غش أو خطأ جسيم من جانبه أو من جانب تابعيه، على خلاف القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (228)[644].

والحال بالنسبة للشاحن-باعتقادي- مختلف، فيجوز الاتفاق على زيادة التزامات الشاحن في إطار القواعد القانونية المكملة ومثل هذا الاتفاق لا علاقة له بتعديل أحكام المسؤولية، لكن لا يجوز التشديد في المسؤولية إذا كان مثل هذا التشديد يؤدي إلى إعفاء الناقل بطريقة غير مباشرة من مسؤولياته[645]. ومثال ذلك أن يشترط الناقل نقل البضاعة تحت مسؤولية الشاحن، فان مثل هذا الاتفاق لا يكون ذا اثر إذا صدر خطأ من الناقل أو تابعيه، فيبقى مسؤولا رغم ذلك بموجب القواعد العامة للمسؤولية حتى وإن كان النقل قد تم تحت مسؤولية الشاحن، ذلك أن مثل هذا الشرط لا يؤدي إلى عدم مسؤولية الناقل لأن مسؤوليته من النظام العام.

ثانيا: عقد نقل الأشخاص

لم ينص قانون التجارة المصري على جواز تشديد مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشخاص برا، كما أنه- قانون التجارة - لم ينص أيضا على عدم جواز مثل هذه الشروط، وهو حال مشروع التجارة الفلسطيني أيضا.

وبموجب القواعد العامة، يجوز التشديد في مسؤولية الناقل، أو ضمانه القوة القاهرة. إلا أنه -باعتقادي- لا يجوز مثل هذا الاتفاق في مواجهة الشاحن، وعلة ذلك أن مثل هذه الاتفاقات

---

[644] نصت المادة (228) تجارة مصري:" (1) على الناقل أن يتبع الطريق المتفق عليه فإذا لم يتفق على طريق معين وجب إتباع أفضل الطرق. (2) ومع ذلك يجوز للناقل أن يغير الطريق المتفق عليه إذا وجدت ضرورة تلجئه إلى ذلك. وفي هذه الحالة يسأل الناقل عن التأخير أو غيره من الأضرار التي تنجم عن تغيير الطريق إلا إذا اثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه أو في جانب تابعيه وللناقل أيضا الحق في المطالبة بالمصروفات الإضافية الناشئة عن ذلك". يقابلها نص المادة (258) من مشروع التجارة الفلسطيني.

[645] في عدم جواز إعفاء الناقل يمكن الرجوع إلى: الفرع الرابع من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص96.

قد تؤدي إلى إعفاء الناقل بصورة غير مباشرة من مسؤوليته عن الأضرار البدنية، وهو مما لا يجوز مطلقا في عقد نقل الأشخاص[646].

البند الثاني: عقد النقل الجوي

أدرس في هذا البند شرط تشديد مسؤولية الناقل الجوي، في عقدي نقل الأشياء ونقل الأشخاص.

أولا: عقد نقل الأشياء

لم ينص القانون على أحكام خاصة تتعلق بتشديد مسؤولية الناقل الجوي، إلا أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على تشديد مسؤوليته، أو ضمانه للقوة القاهرة، ضمن القواعد العامة.

ويظهر الشرط المشدد في مسؤولية الناقل الجوي بوضوح فيما يتعلق بالتعويض، وليس بالمسؤولية، وقد سبق لنا أن أوضحنا الفرق بين تعديل أحكام المسؤولية، وبين تعديل أحكام التعويض[647].

ثانيا: عقد نقل الأشخاص

لم يتعرض قانون التجارة المصري، وكذلك مشروع التجارة بنص صريح يتعلق بشرط التشديد في مسؤولية الناقل الجوي، وإنما أورد نصا يتعلق بزيادة التعويضات، فقد أجازت المادة (1/292) تجارة مصري زيادة التعويض الذي يتحمله الناقل عن الحد القانوني، وقد جاء في هذه المادة:" لا يجوز أن يجاوز التعويض الذي يحكم به على الناقل الجوي مئة وخمسين ألف جنيه بالنسبة إلى كل مسافر إلا إذا اتفق صراحة على تجاوز هذا المبلغ". وقد أخذ مشروع التجارة بتحديد مسؤولية الناقل الجوي أيضا، إذ حددها في المادة (1/322) من مشروع التجارة بمبلغ مئة

---

(646) للتفصيل في ذلك: الفرع الرابع من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول، ص98 وما بعدها.

(647) نصت المادة (2/292) تجارة مصري على أنه:" وفي حالة نقل الأمتعة والبضائع لا يجوز أن يجاوز التعويض خمسين جنيها عن كل كيلو جرام ...".

ألف دينار أردني بالنسبة لكل راكب. لذا، فانه يجوز زيادة هذه المبالغ بالنص على ما يجاوزها على أن يكون مثل هذا الاتفاق صريحا.

البند الثالث: عقد النقل البحري

أولا: عقد نقل البضائع

نصت المادة (237) بحري مصري على أنه:" للناقل أن ينزل عن كل أو بعض الحقوق والإعفاءات المقررة له، كما يجوز له أن يزيد مسؤوليته والتزاماته بشرط أن يذكر ذلك في سند الشحن"[648].

وبموجب هذا النص يجوز أن يزاد في مسؤولية الناقل البحري فيما يتعلق بنقل البضائع[649]، كما يجوز أن يتخلى الناقل عن بعض الإعفاءات المقررة له، فيجوز مثلا أن يتفق على أن يكون الناقل مسؤولا حتى إذا ثبت خطأ الشاحن عن عدم تغليف البضاعة أو إحكام ربطها، وهو ما يحول دون مسؤوليته. ذلك أن الأصل يقتضي عدم مسؤوليته في هذه الحالة[650]. إلا أن الاتفاق على الزيادة يجب أن يكون مكتوبا في سند الشحن.

ثانيا: عقد نقل الأشخاص

لم يرد نص خاص فيما يتعلق بنقل الأشخاص، وعليه فتسري القواعد العامة التي تجيز شرط التشديد في المسؤولية.

---

[648] أخذ مشروع البحري بهذا الحكم في المادة (270) منه.

[649] ورد نص المادة (237) بخصوص نقل البضائع، حيث ورد في الفصل الثاني/ثانيا من قانون التجارة البحرية المصري، وهو يتعلق بنقل البضائع.

[650] للتفصيل في أسباب إعفاء الناقل من المسؤولية: البارودي، علي ودويدار، هاني: **مبادئ القانون البحري**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة،2003، ص217.

الفرع الخامس: مدة التقادم

نص المشرع المصري في المادة (1/388) مدني مصري على انه:" لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون". وقد أخذ المشروع بهذا الحكم في المادة (1/426) منه. أي أنه لا يجوز الاتفاق على زيادة مدة التقادم ما لم ينص القانون على جواز ذلك صراحة.

وعليه فان القاعدة هي عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم بالإطالة أو بالتقصير، ويرى البعض أن هذا الحكم يعود إلى أن المشرع المصري أراد حماية الطرف الضعيف في مواجهة شركات التأمين أو النقل[651].

الفرع السادس: تطبيقات الشرط المشدد في عقود الأمانة

عقود الأمانة هي التي تكون فيها يد المدين يد أمانة، بحيث لا يضمن إلا بتقصيره أو خطئه، ومن هذه العقود عقد الوديعة وعقد الإعارة، ففي هذه العقود، يجوز كقاعدة عامة الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين، وقد تشدد القانون في مسؤولية المستعير، فنصت المادة (2/641) من القانون المدني المصري على أنه:" وفي كل حالة يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ هذا الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه".

كما تشدد القانون في مسؤولية المودع لديه، فنصت المادة (1/727) مدني مصري على أنه: "يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء مسؤولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان"[652].

---

(651) عبد الرحمن، احمد شوقي محمد: النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص313. عبيدات، نوري: مرجع سابق، ص277.

(652) ومن تطبيقات التشدد في عقود الأمانة، ما نصت عليه المادة (117) من قانون التجارة الأردني:" 1- تسري قواعد إجارة الأشياء على الودائع التي تودع في الصناديق الحديدية أو في خانات منها. 2- ويكون المصرف مسؤولا عن سلامة

والصورة الأهم للشرط المشدد في هذه العقود، تكمن في تحميل المدين ما ينتج عن أضرار ولو لم يكن هلاك الوديعة أو الشيء المعار بفعل خطأ المدين، والسبب وراء هكذا اتفاق يتعلق بعبء الإثبات الذي يكون غالبا مستحيلا.

وأرى أن هذا النوع من العقود هو المجال الرئيس، للاتفاق المشدد في المسؤولية في حالة كان الاتفاق يتعلق بتحميل المدين ما ينتج عن القوة القاهرة من أضرار لمصلحة الدائن، كما أن هذا الاتفاق يبقى في إطار المسؤولية لا الضمان، ذلك أنه يقصد به غالبا التهرب من عبء الإثبات الذي يكون مستحيلا في أحيان كثيرة، ولا يقصد به الضمان.

المطلب الثاني: القيود التي ترد على شروط التشديد

يرد على شرط التشديد عدة قيود، مستخلصة من أحكام القضاء وآراء الفقهاء والشراح، كما يستدل على هذه القيود من خلال القانون بكليته، كعدم مخالفة النظام العام، أو حسن النية، وسأدرس هذه القيود في هذا المطلب. في الفروع التالية.

الفرع الأول: وضوح وصراحة شرط التشديد

يشترط في اتفاقات التشديد أن لا تكون مبهمة[653]، وأن تكون واضحة ومحددة، فهي– الشروط– تزيد الأعباء على المدين، وتعد خروجا على القواعد العامة[654]. فإذا ورد الشرط بضمان البائع –في عقد البيع– جميع أنواع التعرض أيا كانت، لا يعد هذا الشرط تشديدا في الضمان وإنما ترديدا للقواعد العامة[655]. كما لا يعد تشديدا في الضمان القول في العقد، بأن

الصناديق المأجورة". وجاء في المادة (1/348) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني انه:" على المصرف اتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة عليها".

(653) للتفصيل في الاتجاهات التي توسع والاتجاهات التي تضيق في تفسير العبارات التي تتعلق بالضمان: دياب، اسعد: ضمان عيوب المبيع الخفية–دراسة مقارنة، بيروت، دار اقرأ للنشر والتوزيع والطباعة، 1981، ص261–265.

(654) للتفصيل في ضرورة وضوح الشرط المشدد للضمان: فرج، عقد البيع، مرجع سابق، ص214. قاسم، محمد: الموجز في عقد البيع، مرجع سابق، ص300. خضر، خميس: عقد البيع، مرجع سابق، ص220. سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص246–247. الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص305–306. منصور، محمد: شرح العقود المسماة، مرجع سابق، ص152. أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، مرجع سابق، ص274.

(655) منصور، محمد: شرح العقود المسماة، مرجع سابق، ص152.

البائع ضامن لكل ما يظهر في المبيع من حقوق، فهذه العبارة العامة في النص على الضمان لا تزيد شيئا على أحكام الضمان القانوني ولا يصح اعتبارها تشديدا لأحكام الضمان[656].

بل يجب أن ينص صراحة في العقد على الأمور التي يضمنها المدين والتي تعد زيادة في التشديد. كان يتفق مثلا على أن للمشتري الرجوع على البائع في حالة الاستحقاق بجميع المصروفات حتى ولو كانت كمالية وحتى لو كان البائع حسن النية[657].

إلا أن القول بضرورة أن يكون الاتفاق صريحا وواضحا –باعتقادي– لا أساس له في القواعد العامة في القانون، فرغم حالة شبه الإجماع –لدى من تعرضوا من الشراح والفقهاء لهذه المسألة– على ضرورة وضوح ودقة ذكر هذه الشروط، وضرورة صراحتها وعدم إبهامها، إلا أن أحدا لم يؤسس قوله على أساس قانوني قاطع الدلالة بأن هذه الشروط يجب أن تكون على درجة من الوضوح والصراحة.

فهناك من اعتبر أن السبب وراء ضرورة الوضوح والصراحة –وتحديدا في الضمانات المتعلقة بالمبيع– هو أن المشرع وضع ضمانات كافية للمشتري، وقل أن يرتضي البائع بزيادتها[658]. ويؤخذ على هذا القول بأن المشرع وضع ضمانات في مختلف العقود لأطراف الالتزام، ولا تقتصر الضمانات التي وضعها المشرع الضمان في عقد البيع.

وهناك من قال بأن شروط زيادة الضمان تعد خروجا على القواعد العامة، وبالتالي يجب أن تتسم بالوضوح لأن غموض تلك الشروط يجب أن يفسر عند الشك في مصلحة البائع (المدين)[659]. ويؤخذ على هذا القول أن هذه القاعدة القانونية لا تقتصر على شروط الضمان، فأينما وجد الغموض، لجأ القاضي إلى التفسير، وعليه فلا يجوز التفسير في حالة الغموض ضد مصلحة المدين، لكن ذلك لا يلغي أنه يجوز الاتفاق الضمني كما يجوز الاتفاق صراحة. أي أن القاعدة المذكورة لا تلغي إمكانية أن يكون الاتفاق ضمنيا، أو أن يستدل عليه من وقائع معينة.

---

[656] الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص305.

[657] سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص247.

[658] خضر، خميس: عقد البيع، مرجع سابق، ص220.

[659] قاسم، محمد: الموجز في عقد البيع، مرجع سابق، ص300. الشرقاوي، شرح العقود المدنية، مرجع سابق، ص306.

كما ويرى البعض أن هذه الاتفاقات تزيد العبء علـى البـائع لـذا يجـب أن تكـون واضحة[660]. وأقول إن أياً من الالتزامات العقدية يعد زيادة في العبء سواء في مصلحة المدين أو في مصلحة الدائن، فمثل هذا القول لا يصلح لتبرير أن يكون الاتفاق على زيـادة الضـمان صريحا وواضحا.

ولا أجد في هذه الأسباب ما يصلح لأن يكون أساسا قانونيا تؤسس عليه ضرورة تـوافر الوضوح والصراحة، وإنما تنبع آراء الفقهاء والشراح المذكورة من رغبة منهم –باعتقادي– في عدم الخروج على قواعد الضمان والمسؤولية التي وضعها المشرع، غير أن هـذه الرغبـة لا أساس لها في القانون.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الموقرة إلى انه: "يجب على من يريد مخالفـة مـا فرضه القانون من الضمان –إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع– أن يبين في العقد الشروط التي يفهم منها صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون، أما اشتمال العقد على مـا قرره القانون بعبارات عامة، فانه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القـانون، ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليـه، لأنـه فـي حـال الاشتباه يكون التفسير بما فيه فائدة المتعهد"[661].

كما قضت المحكمة ذاتها بأنه: "إذا كان الشرط –شرط تشديد الضمان– محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فانه يكون صحيحا"[662].

وبالرجوع إلى هذين القرارين نجد أن القضاء المصري، يذهب مذهب الشراح والفقهـاء المصريين، في ضرورة أن يكون الاتفاق واضحا وصريحا. وهو ما أؤيده وأرى ضـرورة أن ينص مشروعنا الفلسطيني عليه، حتى يوجد للقضاء مبررا قانونيا قاطع الدلالة في أن مثل هـذه

---

(660) فرج، عقد البيع، مرجع سابق، ص214.

(661) طعن رقم 43سنة 1ق جلسة 1932/3/3. مشار إليه: شعلة، احمد: قضاء النقض المدني في عقـد البيـع، مجموعـة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال أربعة وستين عاما–(1931–1994)، ص270.

(662) طعن رقم 387 سنة 26ق جلسة 1962/6/7. مشار إليه: شعلة، احمد: مرجع سابق، ص259.

الاتفاقات يجب أن تتسم بالوضوح والصراحة والتحديد، لما تمثله من خطــورة علـــى مراكـــز أطراف الالتزام.

وهناك العديد من التطبيقات القانونية –الخاصة– لمبدأ الوضوح والكتابــة فيمـــا يتعلـــق بشرط التشديد، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون ذيل لقـــانون النقـــل البحـــري الساري في قطاع غزة، حيث جاء في المادة المذكورة:" للناقل بمقتضى أحكام هذا النظام حريـــة التنازل كليا أو جزئيا عما له من حقوق وحصانات وله أن يأخذ على عاتقه وفقا لأحكـــام هـــذا النظام، مسؤوليات والتزامات بالإضافة إلى ما هو مترتب عليه بشرط أن يدرج ذلك في البوليسة المعطاة للشاحن...". وكذلك ما نصت عليه المادة (292) تجارة مصري، فيمـــا يتعلـــق بجـــواز زيادة التعويض الذي يستحقه الشاحن أو المسافر في عقد النقل الجوي للأشـــخاص، فيجـــب أن تكون زيادة التعويض عن الحد القانوني صريحة ومكتوبة في سند الشحن[663].

الفرع الثاني: سلامة جسم الإنسان

لا يورد الشراح قيدا على تشديد المسؤولية يتعلق بسلامة جسم الإنسان، ذلك أن شـــرط التشديد يزيد في المسؤولية ولا ينقصها، فهو–الشرط– يعزز السلامة المراد حمايتها، وإن كـــان هذا هو الأصل في مثل هذا الشرط، وأرى أن مثل هذا الشرط قد يكـــون فـــي أحيـــان معينـــة مرفوضا، فرغم أن مثل هذا الشرط يعزز الضمان أو يشدد المسؤولية، إلا انه لا يقـــوى أحيانـــا على أن يوصف بالصحة، إذا أريد به دفع الدائن إلى التعاقد في علاقة يكون من المتصـــور أن تؤدي إلى المساس بجسمه. فجسم الإنسان لا يجوز أن يصبح محلا للتعامل[664]. ونمثل على ذلك في أن يتفق الطبيب مع المريض على إجراء عملية للأخير يغلب على الظن أنها ستودي بحياته، أو إعاقته، أو تعد مخاطرة بجسمه، في حين أنه لا ضرورة ملحة تكمن وراء هذه العملية، فـــان مثل هذا الشرط باعتقادي باطل تبعا لبطلان التصرف أساسا.

---

[663] أخذ مشروع التجارة بهذا الحكم أيضا في المادة (322) منه.

[664] للمزيد من التفصيل: الفرع الاول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الاول، ص116.

الفرع الثالث: مخالفة الشرط للنظام العام وحسن النية في العقود

سواء أكان الشرط شرط ضمان أو شرط تشديد في المسؤولية، فانه لا يجــوز إذا كــان مخالفا للنظام العام وحسن النية في العقود[665]، وعليه لا يجوز مثلا الاتفاق على مدة تقادم أطول ما لم يوجد نص خاص يجيز ذلك، ومثل هذا الشرط باطل.

كما لا يجوز الاتفاق على ضمان المدين خطأ الدائن إذا صدر عن الأخير غش أو خطــأ جسيم، فالغش والخطأ الجسيم يدلان على عدم وجود النية الحسنة في تنفيذ العقد، فيسقط الشــرط ولا يضمن المدين ما نشأ للدائن بموجبه، بل ويحق للأول مطالبة الأخير بالتعويضات إن كــان لها مقتضى.

الفرع الرابع: ألا يتخذ الشرط بندا في عقد إذعان

نصت المادة (149) مدني مصري على أنه:" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكــان قــد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المــذعن منهــا وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وقد أخذ مشروع المدني بهذا الحكم في المادة (150) منه[666].

وعليه، فيجوز للقاضي استبعاد الشروط القاضية بتشديد المسؤولية أو الضمان، إذا مــا وجد أنها شروط تنافي العدالة ووردت في عقد إذعان، مما يســتدعي –باعتقــادي– أن يبحــث القاضي عن التوازن في الالتزامات، فان لم يجد مقابلا للمسؤولية المشددة يستدعي مثــل هــذا التشديد، عليه أن يعفي الطرف المذعن في هذه الحالة من التزامه بشرط التشديد. وأرى أن ينص المشرع صراحة على عدم سريان الشرط المشدد أو شرط الضمان في مواجهــة المســتهلكين،

---

(665) الجفين، عبد الهادي: مرجع سابق، ص209 وما بعدها.

(666) للتفصيل في شرح ذلك: عبد الله، عمر عبد الرشيد احمد: **نظرية العقد في قــانون المعــاملات المدنيــة الإمــاراتي**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص240.

حيث أن مثل هذه الشروط في مواجهة المستهلكين تعد –غالبا– إعفاءً بطريق غير مباشر من المسؤولية، وهو ما يذهب المشرع الحديث إلى اعتباره باطلا[667].

على أن إجازة الشرط المشدد في اعتقادي يعد قيدا على حرية القاضي وتقديره، فيجبره في أحيان كثيرة على الإبقاء على الشرط، ذلك أنه شرط جائز بنص، مما يجعل تقدير القاضي مقيدا –غالبا– عندما يبحث في الإبقاء أو استبعاد مثل هذا الشرط.

الفرع الخامس: مجافاة الشرط للعدالة

إذا تبين للقاضي أن الشرط –وان لم يشكل بندا في عقد إذعان– منافٍ للعدالة أو يرتب التزامات مجحفة بحق فريق على حساب الفريق الآخر جاز له–للقاضي– أن يعفي الطرف الملتزم بالشرط من التزامه، وبخاصة شرط الضمان، إلا أن المدني المصري والمشروع لم يأخذا بهذا الحكم، على خلاف مشروع القانون المدني العربي الموحد الذي نص صراحة على جواز تدخل المحكمة في إعفاء المدين، أو تعديل المسؤولية الملقاة عليه بموجب شرط الضمان، فقد نصت المادة (312) من مشروع القانون المدني العربي الموحد على أنه: "إذا تم الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة جاز للمحكمة إعفاء المدين من هذه المسؤولية أو تعديلها وفقا لما تستوجبه العدالة، ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

وبذلك يكون المشروع الموحد خلافا للمصري والمشروع الفلسطيني قد فتح الباب واسعا للقاضي للتدخل في إجهاض مغامرة أقدم عليها المدين طائعا، وسواء عن طريق رفع الإرهاق عنه كليا أو جزئيا[668].

وأرى أن يتبنى مشروع المدني الفلسطيني والمدني المصري هذا الحكم، ذلك أن لإجازة هذه الشروط غاية، والغاية هي مراعاة ما قد تتطلبه المعاملات من أوضاع معينة، فان كان الشرط بلا أسباب معقولة أو مبررة له، أجيز للقاضي أن يعدله أو يعفي المدين منه.

---

(667) الرفاعي، احمد: مرجع سابق، ص214.

(668) سوار، محمد وحيد: الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص327–238.

الخاتمة

الشروط المعدلة في المسؤولية العقدية ثلاثة، وهي الشرط المعفي والشرط المخفف والشرط المشدد في المسؤولية، وقد أجاز القانون المدني المصري، وكذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني، هذه الشروط فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية دون إيراد قيود فعالة، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، فلم يجيزا هذه الشروط إلا فيما يتعلق بالشرط المشدد في المسؤولية، مما يستنتج منه أنه إذا أجيزت الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية للدائن، فان الشرط المعفي، وكذلك الشرط المخفف، يصبحان غير ذي أثر على المسؤولية، فتبقى المسؤولية قائمة، ويلاحظ هنا أن القانون المدني المصري جاء خاليا من حكم مسألة الخيرة بين المسؤوليتين، فبقيت خاضعة لآراء الفقه واجتهادات القضاء.

وينحصر نطاق الشروط المعدلة في المسؤولية العقدية على المسؤولية وحدها، دون أن يطال ذات الالتزام الذي يبقى قائما حتى في ظل وجود هذه الشروط، ففيما يتعلق بشرطي الإعفاء والتخفيف من المسؤولية، فان الالتزامات تبقى قائمة في ظلهما، ولا يتأثر بقاء الالتزام بهما، كونهما يردان على المسؤولية لا على الالتزام، ويظهر الفرق بشكل جلي في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وفي حالة التنفيذ العيني للالتزام.

وتتميز الشروط المعدلة في المسؤولية العقدية، عن التعويض الاتفاقي، ذلك أن الأولى ترد على المسؤولية، فيما ترد الثانية على آثارها.

كما وتتميز الشروط المعدلة عن التأمين على المسؤولية، فالأولى تنفي أو تخفف من المسؤولية، فيما الثانية تؤكدها، على أنه إذا كان الشرط المعدل مشددا في المسؤولية، فإننا نكون أمام شرط يتشابه مع التأمين من حيث النتيجة، إلا أنه يختلف معه من حيث الأحكام الواجبة التطبيق، والتي في عقد التأمين تكون أحكاما آمرة، لا يمكن تصور أن يكون المدين قد ألزم نفسه بها من خلال الشرط المشدد.

وقد يرد الشرط المعدل في المسؤولية باطلا، وهنا يتم إعمال القاعدة العامة في انتقاص العقد، فإذا كان الشرط جوهريا في نية المتعاقد، أي إذا كان بمثابة السبب الباعث على التعاقد، فان العقد كله يبطل، أما إذا لم يكن الشرط جوهريا، فانه وحده يبطل.

وقد يطال البطلان جزءا من الشرط، وهنا يتم إعمال نظرية الانتقاص فيما يتعلق بالجزء الباطل وحده من الشرط.

وتقضي القاعدة العامة بأن لا يكون للشرط المعدل أثر على الغير، بما في ذلك الدعوى المباشرة التي لا تعد خروجا على القاعدة العامة في نسبية آثار العقد. إلا أنه يوجد أحوال استثنائية يكون لهذه الشروط اثر من حيث الأشخاص غير العاقدين، وهي حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وحالة الخطأ المشترك في حالة ضيقة، وهي حالة إدخال الدائن في الدعوى القائمة بين المدين تقصيريا والمدين بموجب عقد.

وقد أجاز القانون المدني المصري الشرط المعفي من المسؤولية بموجب المادة (217) منه، دون أن يتأثر بموقف بعض الفقهاء الذين يرفضون هذا الشرط، إلا أن القانون المدني وضع استثناءين، هما حالتي الغش والخطأ الجسيم. كما أجاز ذات القانون الشرط المعفي حتى في هاتين الحالتين فيما يتعلق بخطأ من يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، وهو موقف منتقد، ذلك أن مسؤولية المدين في هذه الحالة هي في الحقيقة مسؤولية شخصية، وقد أخذ بموقف القانون المدني المصري مشروع القانون المدني الفلسطيني. وأرى أن إجازة الشرط في حالتي الغش والخطأ الجسيم تتعلق بمن يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه دون سواهم من الغير.

وقد أضاف القضاء والفقه المصريين اللذان يذهبان إلى إجازة شرط الإعفاء، قيدا يتعلق بالشرط الذي يعفي المدين من الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده أو سلامته، وهو ما يجد تطبيقا له في عدم إجازة الشرط الذي يعفي المقاول والمهندس من مسؤوليتهم عن تهدم البناء. وهو أيضا ما اتجهت إليه بعض التشريعات صراحة منها قانون الموجبات والعقود اللبناني.

ويرد على القاعدة العامة القاضية بجواز شرط الإعفاء (المـــادة 217)، قيـــود أخـــرى مصدرها القانون والفقه والقضاء، ومن هذه القيود إعطاء القاضي السلطة فـــي تعـــديل الشـــرط المعفي إذا ورد في عقد إذعان (المادة 149)، على أن مثل هذا القيد يبقى مصطدماً بحقيقـــة أن المشرع أجاز شرط الإعفاء صراحة. وكذلك قيد يتعلق بالشروط التي تجحف بحق المستهلكين، وهو ما يفتقر إليه القانون المدني المصري. بالإضافة إلى قيد هام جدا، يتعلق في عـــدم جـــواز الإعفاء من التزام رئيسي يفرضه العقد، وهنا أرى ضرورة تفسير الحكم الـــوارد فـــي المـــادة (217) بأنه لا يجيز الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن التزام رئيس يفرضه العقد. وان كان مثل هذا التفسير مقبولا بصعوبة في القانون المدني المصري، إلا انه مرفوض صراحة فـــي حكـــم المادة (1/238) من المشروع التي تجيز الاتفاق على إعفاء المدين كليا أو جزئيا، وأرى أن مثل هذه الصياغة تضيف قيدا على القاضي، بحيث لن يستطيع استبعاد، أو إبطال الشرط الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته الجوهرية. ومن القيود أيضا، ضرورة كتابة شرط الإعفاء ووضوحه، وقد ذهبت بعض الأحكام الخاصة في قانون التجارة المصرية (المـــادتين 246و268)، وقـــانون التجارة البحرية المصري (المادة 238) وذيل قانون نقل البضائع بحرا (المادة 6).

ويلاحظ أن بعض التطبيقات التشريعية –على خلاف القاعدة العامة– لا تجيـــز شـــرط الإعفاء، وهو ما ذهب إليه قانون التجارة المصري، في عدم جواز شرط الإعفاء بوجه عام فيما يتعلق بعقدي نقل الأشياء والأشخاص. فقد أبطل قانون التجارة المصري شرط الإعفـــاء؛ فيمـــا يتعلق بهلاك البضاعة (المادة 245)، وفيما يتعلق بالأضـــرار البدنيـــة (المـــادة 267)، وذلـــك بخصوص النقل البري. وكذلك هو حكم النقل الجوي، فقد أبطل القانون المذكور شرط الإعفـــاء فيما يتعلق بالأضرار البدنية وغير البدنية على السواء (المادة 294). ويأخذ الشرط الذي يلـــزم المسافر أو المرسل إليه أو المرسل بدفع نفقات التأمين أو جزء منها أو التنازل عن الحقوق التي ينشئها التأمين حكم شرط الإعفاء، سواء في النقل البري أو الجوي. وقد تبنى مشـــروع قـــانون التجارة الفلسطيني الأحكام الواردة في قانون التجارة المصري نفســـها، إلا أنـــه أضـــاف إلـــى الأحوال التي تأخذ حكم شرط الإعفاء حالة الشرط الذي يقضي بنقل عبء الإثبات، وهو موقـــف يفضل موقف القانون الأخير. علما بأن قانون التجارة البحرية المصري اعتبر بأن الشرط الـــذي

يقضي بنقل عبء الإثبات يأخذ حكم شرط الإعفاء (باطل). علما أن القانون الأخير أبطل شرط الإعفاء في (المادة 236) فيما يتعلق بهلاك البضاعة، وفي (المادة 260) فيما يتعلق بالأضرار البدنية التي تصيب المسافرين، كما أبطل الشروط التي تأخذ حكم شرط الإعفاء، كإلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع نفقات التأمين أو التنازل عن الحقوق التي ينشئها، وأضاف إلى ذلك الشرط الذي ينقل عبء الإثبات (المادة 236).

ورغم أن قانون التجارة المصري أبطل شرط الإعفاء في الأحوال المذكورة، إلا انه استثنى حالة التأخير (المادة 2/246/ب). كما استثنى الأضرار غير البدنية التي تصيب الراكب (المادة 268) وهو موقف قانون التجارة البحرية أيضا في (المادة 289)، ذلك أنه يتعارض مع القاعدة المنصوص عليها في قانون التجارة التي لا تجيز شرط الإعفاء من جهة، ومن جهة ثانية لأن مثل هذا الجواز قد يستغل بصورة تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية في الأحوال التي يفترض فيها عدم جواز الإعفاء، ومن جهة ثالثة فقد شرع للناقل أن يحدد مسؤوليته بمبلغ مالي معين.

كما أجاز القانون الأخير شرط الإعفاء، لكن في حالة عدم وقوع خطأ من جهة الناقل أو تابعيه في (المادة 238)، إلا أن النص الأخير اشترط أن تكون هناك ظروف استثنائية تبرر مثل هذا الاتفاق.

ويترتب على شرط الإعفاء الصحيح من المسؤولية، أن المدين يعتبر غير مسؤول عن الخطأ العقدي في حدود الشرط، إلا أن ذلك لا ينفي أن للشرط أثراً في قلب عبء الإثبات في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فهنا يلزم الدائن بإثبات الخطأ الجسيم أو الغش، ولا يقتصر دوره على إثبات الالتزام وان المدين أخل به.

أما بالنسبة للشروط المخففة من المسؤولية العقدية، فهي بالمعنى الدقيق شرطان؛ أولهما الشرط الذي يحول العناية من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية، ويترتب على هذا الشرط أن يصبح المدين مسؤولا إن لم يقم ببذل عناية الرجل المعتاد، كما يترتب عليه إعفاء المدين من فعله المجرد من الخطأ، على أن الأخذ بهذا الشرط لا يجوز أن يؤدي إلى تغيير وصف الالتزام

الرئيسي في العقد ليصبح ببذل عناية، كما يجب الأخذ به في إطـــار ضـــيق، ولأســـباب ذاتيـــة وموضوعية موجبة، مع التفرقة بين المدين المتخصص وغير المتخصص.

أما الشرط الثاني، فهو الذي يخفف في درجة العناية عندما يكون الالتزام أصـــلا ببـــذل عناية، فيصبح المعيار معينا متفقا عليه بعد أن كان عاما هو معيار الرجل المعتاد، وهذا الشـــرط جائز بموجب المادة (1/211) من القانون المدني المصري.

ويضاف إلى الشرطين المذكورين أعلاه؛ شرطين لا يعدان بـــالمعنى الـــدقيق شـــرطي تخفيف، هما: شرط إنقاص مدة التقادم، الذي يقضي الأصل بعدم جوازه إلا بنص صريح، وأرى أن يقيد بمدة لا تؤثر على حق التقاضي. وشرط إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام بشـــكل جزئـــي، وهذا الأخير يأخذ حكم شرط الإعفاء تماما. أما الشرط القاضي بتحديد مســـؤولية المـــدين بحـــد أقصى للتعويض، فهو إما تعويض اتفاقي، أو قانوني، ولا يمكن اعتبـــاره شـــرطاً مخففـــاً مـــن المسؤولية.

وقد أجاز القانون المدني المصري كذلك الشرط الذي يراد به تشديد مســـؤولية المـــدين، فأجاز الاتفاق على خلاف أحكام القوة القاهرة (المادة 1/217)، إلا أنه لم يجـــز الاتفـــاق علـــى خلاف أحكام نظرية الظروف الطارئة (المادة 2/147)، ويكمن وراء ذلك سببان: الأول هـــو أن الظروف الطارئة دائما تتسم بالعمومية، فيما لا يشترط في القوة القـــاهرة ذلـــك. والثـــاني هـــو اختلاف مصدر كل من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وهو موقف منتقد كونه يـــؤدي لنتائج متناقضة خاصة إذا كانت القوة القاهرة عامة.

وقد توسع مشروع القانون المدني الفلسطيني في جواز الشرط المشدد، فأجازه في كـــل أحوال السبب الأجنبي عموما (المادة 2/238)، على خلاف المدني المصري الذي أتـــى بحكـــم قاصر على الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، وموقف المشروع منتقد كونه يـــؤدي إلـــى نتـــائج تخالف أحكام التعويض الاتفاقي الآمرة (المادة 2/241و4 من المشروع)، كما يؤدي إلـــى عـــدم قدرة المدين على تحصيل حقوقه من الغير، إلا إذا ادخله بالدعوى. وفي كل الأحوال فان شـــرط

تحميل المدين السبب الأجنبي يعد اتفاق ضمان، مما يستدعي أن يبحث القاضـــي عـــن المقابـــل المعقول.

وشرط تحميل المدين مسؤولية عدم التنفيذ في حالة القوة القاهرة يرد على أحد وجهـــين: فإما يراد به الضمان. وإما يراد به المسؤولية. فإذا أريد به الضمان فان الشرط يخرج عن إطار المسؤولية ويعتبر التزاما بالمعنى الدقيق، فيتقدم الدائن بدعوى يطالب فيها بالتنفيذ العيني للالتزام بعد إرسال الاعذار للمدين يطالبه فيه بالبدل، وعليه أن يدعي بحصول القوة القاهرة. أما إذا أريد به المسؤولية، فإنه يبقى في إطارها، ويتقدم الدائن بدعوى مســؤولية مطالبــا بــالتعويض، ولا يستطيع المدين أن يدفع بانقضاء التزامه بالقوة القاهرة. ويظهر الفرق بين التكييفين في صـــياغة الشرط والظروف المحيطة به، فإذا كانت يد المدين على محل العقد يد أمانة، اعتبِرَ مثـــل هـــذا الشرط شرط تشديد، أما إذا كانت يد المدين يد ضمان عد الشرط شرط ضمان.

كما يرد الشرط المشدد على درجة العناية المطلوبة أو نوعها، وقد أجاز القانون المـــدني المصري هاتين الصورتين (المادة 1/211). أما إذا نص الشرط المشدد على مدة أطول لتقـــادم الدعوى، فهو باطل (المادة 1/388)، إلا إذا ورد نص في القانون يجيزه.

وقد أورد الفقه والقضاء قيودا على الاتفاق المشدد في المسؤولية، حيث اشـــترطوا بـــه الكتابة والوضوح، إلا أن هذا القيد لا أساس له في القانون. كما أوردوا قيدا آخر يتعلـــق بجســـد الإنسان الذي لا يجوز أن يكون محلا للتصرفات. ويرفض الفقهاء الشرط الذي يكـــون مخالفـــا للنظام العام وحسن النية في تنفيذ العقود، وهذا القيد مبني على أساس قانوني. ومن القيود أيضـــا أن لا يرد الشرط بندا في عقد إذعان.

بناء على ما تقدم فإنني أقترح على المشرع المصري ومعدي مشروع القـــانون المـــدني الفلسطيني ما يلي: أولا: إضافة المادة: ( ) "لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصـــيرية فـــي دعوى التعويض التي يرتبط فيها المضرور مع المسؤول بعلاقة عقدية سابقة إلا إذا كان خطـــأ العاقد الآخر يعد جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما".

ثانيا: تعديل المادة (217) مدني المصري لتصبح:"1- يجوز الاتفاق كتابةً على:

أ- أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ، أو

ب- إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ جزء من التزاماتـــه غيـــر الرئيســـية المترتبة على العقد، إلا ما ينشا عن غشه أو عن خطئه الجسيم أو غش أو خطأ تابعيه، أو يتعلق بسلامة الإنسان.

2- إذا تم اتفاق كالمذكور في الفقرة الأولى فلا يعتد به إلا إذا وجدت ظروف معقولة تســـتدعي مثل ذلك الاتفاق، ويجوز للمحكمة في كل الأحوال تعديل الاتفاق أو استبعاده وفقا لما تســـتوجبه العدالة، ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

وكلي أمل أن تشكل رسالتي هذه، عونا ومساهمة بسيطة، تصلح للاستفادة منها في إعادة صياغة الشروط المعدلة في المسؤولية، بطريقة تحد من إجحافها بحقوق أطراف العقد، وتنســـجم مع باقي أحكام القانون.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع

الكتب:

أبو البصل، عبد الناصر موسى: **دراسات في فقه القانون المدني الأردنـــي -النظريـــة العامـــة للعقد**، ط1، الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1999.

أبو السعود، رمضان: **العقود المسماةعقد الإيجار (الأحكام العامة في الإيجـــار)**، الإســـكندرية، منشأة المعارف، 1996.

أبو السعود، رمضان: **الموجز في شرح العقود المسماةعقود البيع والمقايضة والتأميندراســـة مقارنة في القانون المصري واللبناني**، القاهرة، الدار الجامعية، 1994.

أبو السعود، رمضان: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، الإســـكندرية، دار المطبوعـــات الجامعية، 2002.

أبو السعود، رمضان: **مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني**، دون مكان، دون ناشـــر، 1984.

أبو السعود، رمضان: **مصادر الالتزام**، ط3، 2003.

أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: **نظرية الالتزام، ج1، المصادر الإرادية للالتـــزام- العقـــد والإرادة المنفردة**، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995،ص305.

أبو سعد، محمد شتا: **الخطأ المشترك**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون سنة.

احمد، إبراهيم سيد: **مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء**، ط1، المكتـــب الجامعي الحديث، 2003.

احمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

الاسيوطي، ثروت أنيس: **مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن**، القاهرة، المطبعة العالمية، 1960.

ألبيه، محسن عبد الحميد: **خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية**، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1993.

السنهوري، عبد الرزاق: **الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري**، ج1، لم تذكر طبعة، المجمع العلمي العربي الإسلامي – منشورات محمد الداية – بيروت، بدون سنة نشر.

ألعدوي، مصطفى عبد الحميد: **النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام**، ط1، مطبعة حمادة الحديثة، 1996.

الاهواني، حسام الدين كامل: **مصادر الالتزامالمصادر الإرادية**، دون مكان نشر، دون ناشر، 1992.

الاهواني، حسام الدين: **النظرية العامة للالتزام**،ج1، **مصادر الالتزام** ط2، 1995.

البارودي، علي ودويدار، هاني: **مبادئ القانون البحري**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003.

باشا، محمد قدري: **كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، ط4، القاهرة، المطبعة الأميرية، 1931.

بوستيت، احمد حشمت: **نظرية الالتزام في القانون المدني**، مصر، مكتبة عبد الله وهبة، 1945.

الترمانيني، عبد السلام: **نظرية الظروف الطارئةدراسة تاريخية ومقارنة في تقنينات البلاد العربية**، دمشق، دار الفكر، 1971.

التكروري، عثمان: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، القدس، 2002.

تناغو، سمير عبد السيد: **عقد الإيجار**، 1998.

تناغو، سمير عبد السيد: **عقد البيع**، الإسكندرية، الفنية للطباعة والنشر، دون سنة.

تناغو، سمير عبد السيد: **نظرية الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون سنة.

الجمال، مصطفى و أبو السعود، رمضان محمد وسعد، نبيل إبراهيم: **مصادر وأحكام الالتـزام**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

الجمال، مصطفى: **عقد البيع** (منسوخ على الآلة الطابعة)، المكتب المصري الحديث، دون سنة.

جميعي، حسن عبد الباسط: **شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية**، 1993.

حجازي، عبد الحي: **النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتيدراسة مقارنة**، ج1، **مصـادر الالتزام –المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)**، المجلد الأول، **نظريـة الالتـزام- تحليل العقد**، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.

حجازي، عبد الحي: **النظرية العامة للالتزامات**، ج2، مصادر الالتزام، القاهرة، مطبعة نهضـة مصر، 1954.

حجازي، مصطفى احمد عبد الجواد: **المسؤولية المدنية للخبير القضائي**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

حماد، نزيه: **مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي**، ط2، المعهد الإسـلامي للبحوث والتدريب، جدة، 2000.

حمدي، كمال: **عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري**، 2002.

خالد، عدلي أمير: **أحكام دعوى مسؤولية الناقل البحري**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000.

خضر، خميس: **عقد البيع في القانون المدني**، ط2، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1972.

الدروي، فهمي والطنطاوي، طارق: **عقد الإيجار في القانون المدني،** مركز الأبحاث والدراسات القانونية، 1998.

الدريني، فتحي: **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،** ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1977.

دسوقي، محمد إبراهيم: **تقدير التعويض بين الخطأ والضرر،** الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، بدون سنة نشر.

الدناصوري، عز الدين و ألشواربي، عبد الحميد: **المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،** ط6، دون مكان نشر، دون ناشر، 1997.

دواس، أمين: **المصادر الإرادية –العقد والإرادة المنفردة،** رام الله، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2004.

دياب، اسعد: **ضمان عيوب المبيع الخفية**–دراسة مقارنة، بيروت، دار اقرأ للنشر والتوزيع والطباعة، 1981.

رشدي، محمد السعيد: **الخطأ غير المغتفر سوء السلوك الفاحش والمقصود،** ط1، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.

الرفاعي، احمد محمد: **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي،** القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.

الزعبي، محمد يوسف: **عقد البيع في القانون المدني الأردني،** ط1، 1993.

زكي، محمود جمال الدين: **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،** القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

زكي، محمود جمال الدين: **مشكلات المسؤولية المدنية**، ج1، **في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسالة الخيرة**، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

زكي، محمود جمال الدين: **مشكلات المسؤولية المدنية**، ج2، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.

سامي، فوزي محمد: **شرح القانون التجاري، ج1، مصادر القانون التجاري-الأعمال التجارية-التاجر-المتجر-العقود التجارية**، ط1، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

السرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري حمد: **شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات" دراسة مقارنة**، ط1، عمان، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

السرحان، عدنان: **شرح القانون المدني- العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة)**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.

سرور، محمد شكري: **مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة**، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1983.

سرور، محمد شكري: **موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري**، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1985.

سعد، نبيل إبراهيم: **الضمانات غير المسماة**، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000.

سعد، نبيل إبراهيم: **العقود المسماة-عقد البيع**، ط2، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004

سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.

سلطان، أنور: **مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة في الالتزام**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1983.

سلطان، أنور: **العقود المسماة-شرح عقدي البيع والمقايضة**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1980.

سلطان، أنور: **الموجز في مصادر الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف- جلال حربي وشركاه، 1996.

سلطان، أنور: **مصادر الالتزام (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**، ط3، دون مكان نشر، المكتب القانوني، 2000.

سليم، عصام أنور: **عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون**، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون سنة.

السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج6، **العقود الواردة على العمل**، المجلد الأول، **الإيجار والعارية**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام-الإثبات -آثار الالتزام**، بيروت، دار إحياء التراث، 1964.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج7، المجلد الثاني، **عقود الغرر**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج7، المجلد الأول، **العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، **مصادر الالتزام**، بيروت، دار إحياء التراث، دون سنة نشر.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط**، ج4، **البيع والمقايضة**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1964.

السنهوري، عبد الرزاق: **شرح القانون المدني في العقود-عقد الإيجار (إيجار الأشياء)**، بيروت، منشورات محمد الداية، دون سنة.

سوادي، عبد الباقي: **مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية**، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

سوار، محمد وحيد الدين: **الاتجاهات العامة في القانون المدني**، ط2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.

سوار، محمد وحيد الدين: **النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة**، دمشق، مديرية المطبوعات الجامعية، 1990.

سوار، وحيد الدين: **مصادر الالتزام**، ج1، ط2، دمشق، المطبعة الجديدة، 1978.

السيد، عادل حسن علي: **أحكام إنقاص العقد الباطل**، مكتبة زهراء الشرق، دون سنة.

الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام**، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.

الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزامأحكام الالتزام**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.

الشرقاوي، جميل: **شرح العقود المدنيةالبيع والمقايضة**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.

شنب، محمد لبيب: **دروس في نظرية الالتزام، (الإثبات-أحكام الالتزام)**، 1975.

شنب، محمد لبيب: **شرح أحكام عقد البيع**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1975.

الشواربي، عبد الحميد: **البطلان المدني الإجرائي والموضوعي**، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون سنة.

الشواربي، عبد الحميد: **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه**، ط3، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997.

الصدة، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزامدراسة في القانون اللبناني والقانون المصري**، بيروت، دار النهضة العربية، 1979.

الصدة، عبد المنعم فرج: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، بيروت، دار النهضة العربية، 1974.

طلبة، أنور: **المسؤولية المدنية**، ج1، **المسؤولية العقدية**، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005.

طلبة، أنور: **المسؤولية المدنية**، ج2، **المسؤولية العقدية**، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005.

طلبة، أنور: **الوسيط في القانون المدني**، ج2، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1998.

طلبة، أنور: **عقد الإيجار**، الإسكندرية،المكتب الجامعي الحديث، 1999.

طه، مصطفى كمال: **العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة1999**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002.

طه، مصطفى كمال: **القانون البحري الجديد**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.

عامر، حسين وعامر، عبد الرحيم: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، ط2، دار المعارف، 1979.

عبد الرحمن، احمد شوقي محمد: **النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004.

عبد الله، عمر عبد الرشيد احمد: **نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.

العبيدي، علي هادي: **العقود المسماةالبيع والإيجار**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

العدوي، جلال علي: **أصول الالتزامات، مصادر الالتزام**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997.

العريني، محمد فريد: **القانون الجوي- النقل الجوي**، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1986.

عزب، حماد مصطفى: **مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.

العطار، عبد الناصر: **مصادر الالتزام**، دون مكان نشر، دون سنة نشر.

العطير، عبد القادر: **الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني**، ج1، **الأعمال التجارية- التجار- المحل التجاري-العقود التجارية**، عمان، دار الشروق، 1993.

العطير، عبد القادر: **الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني**، عمان، دار الشروق، 1993.

عقل، فريد: الالتزام**نظرية الالتزامات في القانون المدني السوري والفقه الإسلامي**، ط4، جامعة دمشق، 1995.

علي، وجدي عبد الواحد: **التعويض عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب والمسافر**، ط1، 2004.

عمران، محمد السيد: **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة.

عمران، محمد علي: **الالتزام بضمان السلامة**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1980.

العمروسي، أنور: **المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004.

عنبر، محمد عبد الرحمن: **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**، القاهرة، مطبعة زهران، 1978.

الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام**، ط5، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

فرج، توفيق حسن: **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، الدار الجامعية، دون سنة.

فرج، توفيق حسن: **الوجيز في عقد البيع**، القاهرة، الدار الجامعية، 1988.

فرج، توفيق حسن: **عقد البيع والمقايضة**، المكتب المصري الحديث للطباعة، 1979.

الفضل، منذر: **التصرف القانوني في الأعضاء البشرية**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية**، ج1، **مصادر الالتزام**، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان، 1996.

الفقي، عمرو عيسى: **الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)**، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2002.

فودة، عبد الحكم: **الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1996.

فودة، عبد الحكم: **النسبية والغيرية في القانون المدني**، سوتير، دار الفكر الجامعي، 1996،

فودة، عبد الحكم: **إنهاء القوة الملزمة للعقد**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.

قاسم، محمد حسن: **الموجز في عقد البيع**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996.

القاسم، هشام: **محاضرات في القانون المدني**، دمشق، جامعة دمشق، دون سنة.

القضاة، مفلح عواد: **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن**، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1992.

القيسي، عامر قاسم احمد: **الحماية القانونية للمستهلك**، ط1، عمان، الدار العلمية الدوليـــة ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

مأمون، عبد الرشيد: **المسؤولية العقدية عن فعل الغير**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986.

مأمون، عبد الرشيد: **علاقة السببية في المسؤولية المدنية**، القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة.

مجاهد، أسامة أبو الحسن: **فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقـــات المســـؤولية**، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.

المحاقري، إسماعيل محمد علي: **الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المـــدني اليمنـــي**، 1996.

مراد، عبد الفتاح: **شرح العقود التجارية والمدنية**، د.م، د.ن، د.س.

مرسي باشا، محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديدالعقود المسماة**، ج1، القاهرة، المطبعـــة العالمية، 1952.

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**، ج1، **في الالتزامات**، المجلد الأول، في **الفعل الضار والمسؤولية المدنية**، القسم الأول، **في الأحكام العامة**، ط5، 1992.

مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني**، ج2، **في الالتزامات**، القاهرة، مطبعة النهضة، 1964.

المقدادي، عادل علي عبد الله: **مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص (دراسة مقارنة)**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

المنجي، محمد: **دعوى بطلان العقود**، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002.

منصور، امجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات**، ط1، عمان، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.

منصور، محمد حسين: **المسؤولية المعمارية**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999.

منصور، محمد حسين: **شرح العقود المسماة (في مصر ولبنان)**، ج1، **البيع والمقايضة**، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1995.

منصور، محمد حسين: **ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون سنة.

المهدي، نزيه محمد الصادق: **عقد التأمين**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.

نخلة، موريس: **الكامل في شرح القانون المدني، ج3، من المادة 134 حتى المادة 248**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة.

النوري، حسين: **نظرية العقد**، عين شمس، مطبعة الرسالة، دون سنة.

يحيى، ياسين محمد: **اتفاقات الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المصري والفرنسي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

الرسائل الجامعية:

أبو دلو، بدر محسن عواد: **ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، 2000.

بلقاسم، إعراب: **شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الجزائر، الجزائر، 1984.

الجفين، عبد الهادي فهد علي: **أثر القوة القاهرة على العقد في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الإرادة في تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الكويت، الكويت، 1999.

حرج، زهير بن زهري: **الخطأ في المسؤولية المدنية –دراسة مقارنة في النظام الانجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني**، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، جامعة عين شمس، مصر، 1999.

حسين، شريف احمد شريف: **المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1994.

عبيدات، نوري يوسف: **مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة)**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، 1987.

العيسائي، عبد العزيز مقبل: **شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني–دراسة مقارنة** (أطروحة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1998.

المهتار، العقيد القيم طلال: **البند الجزائي في القانون المدني**، (أطروحة دكتوراه منشورة) جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، 1974.

هارون، جمال حسني: **المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 1993.

الدوريات:

أبو عرابي، غازي: *سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني*، **مجلة دراسات الشريعة والقانون**، المجلد 25، عدد1، 1998،(46-62).

أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: *مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية*، **مجلة الحقوق**، العدد2 /1987/ الصفحات(11-135).

خفاجي، احمد رفعت: *تفسير الخطأ المهني الجسيم في خصوص المادة 797 من قانون المرافعات*، بحث منشور في **مجلة المحاماة**، القاهرة، العدد الأول، سنة1958-1959، الصفحات (88-93).

الزعبي، محمد يوسف: *ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية*،**دراسات**،/ **العلوم الإنسانية**، ع5/22، 1995.

علي، جابر محجوب: *ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة*، ج2، **مجلة الحقوق**،جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر1996، الصفحات (189-314).

الملحم، احمد عبد الرحمن: *نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها*، **مجلة الحقوق**، الكويت، العدد الأول والثاني، لسنة 1992، الصفحات(241-321).

ثانيا: المصادر

القوانين:

ذيل قانون نقل البضائع بحرا رقم 43 لسنة 1926.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم2 لسنة 2001

قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.

قانون التجارة البحرية المصري، رقم 8 لسنة 1990.

قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976و المذكرات الإيضاحية، ج1، ط3، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق،1992.

القانون المدني المصري رقم (181) لسنة 1948، ومجموعة الأعمال التحضيرية.

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.

مشروع قانون التجارة البحرية الفلسطيني.

مشروع قانون التجارة الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية، إعداد: أمين دواس وغسان خالد، ديوان الفتوى والتشريع، 2004.

مشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية، إعداد: موسى أبو ملوح وخليل احمد قتادة، ديوان الفتوى والتشريع في فلسطين، 2003.

نظام سكك حديد الحكومة (التزامات إدارة سكك الحديد نحو الركاب المسافرين بأجور مخفضة) لسنة 1947.

نظام سكك الحديد (المعدل) لسنة 1948.

قرارات المحاكم:

جمعة، عبد المعين لطفي: **موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، الكتاب الثاني، القاهرة، عالم الكتاب، 1979.

شعلة، احمد: **قضاء النقض المدني في عقد البيع، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال أربعة وستين عاما**-(1931-1994).

عواد، نصري إبراهيم: **مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في القضايا الحقوقية لعام 1985.**

مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

مكتبة التشريعات العربية (**IGLC**)، وتشتمل على قرارات محكمة النقض المصرية المخزنة على أقراص ممغنطة، والمودعة نسخة منها لدى المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان.

موقع الإنترنت:

http://www.mybiznas.com/abdlaw/new_page_84.htm-

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

Amending Condition of Contractual Responsibility in the Egyptian Civil Law

Prepared by
Ahmed Saleem Fariz Al-Nasrah

Supervisor
Dr. Gassan Khaled

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.
2006

Amending Condition of Contractual Responsibility
in the Egyptian Civil Law
By
Ahmed Saleem Fariz Al-Nasrah
Superviser
Dr. Gassan Khaled

Abstract

This study examined the amending conditions in the contractual responsibility. In an introductory chapter, several issues related to this study were raised. One was the pillars of contractual and inadequate responsibility. The focus was on the pillar of error. It was explained that personal responsibility of the moneylender (creditor) extends to his responsibility for the errors of his/her followers and the act of doing the thing. A comparison was held between the two responsibilities. The issues of combination and choice between the two responsibilities were presented. It was found that considering the choice between the two responsibilities would lead to the lack of order of the two exempting and mollifying conditions of the impacts of the two responsibilities. A definition of these two conditions was presented and so was their scope. It was found that the idea of amendment in the responsibility is blemished with ambiguity by same law expounders. The researcher distinguished it from compensation agreement system and responsibility insurance. Then the researcher presented the effects of conditions on the persons. He explained what could be considered an exception in these effects and showed the partial and total impact of the invalidity of these conditions on the contract, thus rendering the application of the general rule in the lessening of contracts.

Chapter one was devoted to the exempting condition from responsibility. In this context, the researcher presented the fiqh (Islamic Law) position towards this condition. He also presented the position of the

Egyptian law and court of justice. It was found that the Egyptian civil law has allowed explicitly this condition but introduced two exceptions to it. One exception is serious error; the other is the error of the other. The researcher criticized this position because the creditor's responsibility in this case is a personal responsibility. Further, the Egyptian civil law has failed to put rules or sufficient restrictions on this condition. The researcher suggested taking a number of these rules, derived from fiqh and court of justice and others derived from some special applications

These restrictions don't allow this condition if it poses danger to man's safety. They also don't allow this condition if it has to do with a key commitment in the contract. In addition, it was necessary for the condition to be written; otherwise, it would be related to the relationship between the consumer and the merchant. It shouldn't be stated in the submissive contract. The researcher found that despite allowing this condition as a general rule, several applications were cited and considered this condition devoid. The researcher concluded that this condition would lead to the lack of responsibility of the creditor although he would be originally responsible pursuant to the general rules. He has to transfer the burden of evidence, in the case of cheating and serious error.

Chapter two was devoted to the mollifying condition. The researcher noticed that this condition had several versions. He, however, limited them to the two general versions. One is the mollifying cases of commitment. Added to them was a special version pertinent to the condition which dictates that the period of course of the time be shortened. The researcher, in this context, found that the first and second versions would be allowed. The third version, however, would not be allowed except in narrow

situations. Of the mollifying condition versions, the version that would refer to the sum of compensation was ruled out. It was not considered a mollifying condition of responsibility. Rather it was a compensation: either agreement or legal. Concerning the partial exemption from obligation or commitment, it was attached to the provision of exempting condition because there was no difference between them. What applies to most of the mollifying condition provisions apply also to the exempting condition given the same cause most of the time.

In chapter three, the researcher dealt with the stiff condition in responsibility. He presented the condition which holds the moneylender the foreign cause. He explained its notion, what it includes and showed that it has had two faces. The first is included in the concept of guarantees. It is considered a commitment in its accurate meaning. The second remains within the framework of responsibility. Every adaptation necessitates different effects. They were all explained in the context of the research. The researcher presented the effects of this condition on the burden of evidence and money lender's responsibility. He also explained the exceptions to it. He also dealt with the condition of toughening the evaluation of the moneylender's conduct and explained its versions and its impact of evidence and moneylender's responsibility. He also presented several applications for the stiff condition in responsibility in several contracts. In addition, he presented the restrictions stated in the stiff condition in responsibility: writing, clarity, physical safety of men, non-violation of general order, and good intention and non-violation of the condition of justice.

In the conclusion, the researcher presented general conclusions. Details pertinent to applications of conditions, however, were not all presented. The suggestions were also restricted to the wording of a general text which has to be included in the civil law in addition to another text pertinent to the permission of choice between the two responsibilities.